

**A NECESSÁRIA INTERAÇÃO DAS FUNÇÕES DE ESTADO PARA
INTERFERÊNCIA QUALIFICADA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS***

**THE NECESSARY INTERACTION OF STATE FUNCTIONS FOR QUALIFIED
INTERFERENCE IN PUBLIC POLICIES**

André Luiz de Matos Gonçalves**

RESUMO: No presente texto busca-se, em primeiro plano, demonstrar que, em boa parte, a intervenção judicial nas políticas públicas tem como agente catalizador disfunções do primeiro anteparo de controle das políticas públicas, ou seja, o Legislativo auxiliado pelas Cortes de Contas. Desse vácuo de ação nasce uma atuação hipertrofiada e, até certo ponto, desqualificado pelo desaparecimento para decidir nesse ambiente multidisciplinar. Na sequência, a abordagem trata das potencialidades funcionais dos Tribunais de Contas e os possíveis meios de acoplamento com a função judicante do estado.

Palavras-chave: Constituição. Judiciário-Executivo-Legislativo. Orçamento. Políticas Públicas. Efetividade do controle.

ABSTRACT: In the present text, it is sought, in the first place, to demonstrate that, for the most part, judicial intervention in public policies has as a catalyst agent dysfunctions of the first control panel of public policies, that is, the Legislative aided by the "Cortes de Contas". From this vacuum of action is born an action hypertrophied and, to a certain extent, disqualified by the disappearance to decide in this multidisciplinary environment. The approach then addresses the functional potentialities of the Audit Courts and the possible means of coupling with the state's judicial function.

Keywords: Constitution. Judiciary-Executive-Legislative. Budget. Public Policies. Effectiveness of control.

* Artigo recebido em 8 fevereiro de 2017
Artigo aceito em 14 abril de 2017

** Possui graduação no Curso de Comunicações pela Academia Militar das Agulhas Negras (1999) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2005). É Mestre pela Universidade Federal do Tocantins, em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), e a Escola Paulista de Magistratura (EPM). Foi oficial do Exército de 2000 a 2007, tendo alçado o posto de Capitão. Foi Reitor da Universidade do Tocantins - UNITINS no ano de 2010 e Professor Universitário de Direito Constitucional; foi Procurador efetivo do Estado do Tocantins, Chefe da Consultoria Especial do Gabinete do Procurador Geral e Procurador Geral do Estado do Tocantins até junho de 2014. Atualmente é Conselheiro Titular da Segunda Relatoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. **E-mail:** almatosg@yahoo.com.br.



1 Introdução

No tocante ao exagerado número de demandas propostas perante a função judicante do Estado não há dissenso, cumpre, então, perquirir sobre as causas prováveis da falha no sistema que deveria ser equilibrado. Nessa quadra exsurge o exame do art. 71 da Constituição Federal, o qual estabelece que o protagonismo do controle externo das políticas públicas é, atipicamente, da função legiferante.

No mesmo ambiente de ideias, também é assente no seio da sociedade a decepção moral com a representação política e, nesse espaço lacunoso de perspectivas, surge um terreno extremamente fértil para o radicalismo que traz a ruptura do tecido social.

Ainda preambularmente, não se pode deixar de estranhar a contradição dicotômica que cinde o meio político dos cidadãos, afinal, quem vive na *polis* deveria ter um envolvimento até mais acentuado com a política. Não há referência aqui à política viciada, demagógica, a que etimologicamente representa a condução do povo pela mão na direção do erro, mas ao sentido original, não egoístico. Tal questionamento, na exata medida em que é aflitivo, também faz surgir um ambiente de consciência, tal como a pérola é a resposta da ostra ao incômodo grão de areia.

Tecidas as considerações iniciais, cumpre enfatizar que o núcleo central justificador do presente ensaio é a crescente interferência do judiciário nas políticas públicas e a eventual usurpação de parcela decisória substancial de tarefas confiadas ao Executivo.

Como é cediço, a insurgência tem como esteio o entendimento de que há violação do princípio que orienta a segregação das funções públicas, concebido por Montesquieu¹ a fim de evitar a hipertrofia de um “poder” em face do outro, manter a independência que pressupõe a não intromissão recíproca

¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Livro V, Cap. 2.

e, ao mesmo tempo, proporcionar harmonia, interação e acoplamento sistêmico.²

É possível constatar, sem risco de compreensão equivocada da realidade, que é cada vez mais comum a busca pelo judiciário na expectativa de um refúgio para o que se percebe como inaptidão para gerir os recursos públicos e os seus dispêndios. O senso comum reprova a gestão em todos os seus níveis, as pessoas percebem no seu cotidiano a necessidade, sobretudo no campo da saúde, de recorrer à função jurisdicional, pois preordenam a morte como certa se assim não o fizerem.

Então, cumpre perquirir, diante da eloquência do fato jurídico – interferência judicial – sobre a razão que o leva a colidir com o modelo constitucional pátrio. É certo que no Brasil se conferiu a função de governo ao Executivo, o qual deve, de maneira fiel, por meio de seus decretos, instruções e regulamentos, cumprir as leis emanadas do Legislativo, as quais deveriam contentar, ao menos na porção do mínimo existencial³, os anseios do povo. Afinal de contas é deste que emana o Poder adjetivado como uno.

No entanto, mesmo cômicos de que remanesceu ao Judiciário uma porção residual na distribuição papéis constitucionais descritos, especificamente no controle das políticas públicas e na consecução dos direitos fundamentais, ou seja, de forma eventual, esporádica, de última barreira contra a violação desses direitos, não é o que se infere da realidade, ensejando uma oportuna reflexão sobre o funcionamento dos primeiros anteparos encarregados da contenção do desgoverno.

Com essas indagações em mente, inicia-se uma curta jornada buscando compreender o que são e como se formam as políticas públicas. Nesse intento, mostram-se adequados uma abordagem geral e um breve sobrevoo sobre o caleidoscópio do exame orçamentário, com ênfase na Lei Orçamentária anual, a mais concreta de todas.

² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 593.

³ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.



Após, voltar-se-ão os olhos para os primeiros meios de contenção acima delineados, suas competências e as possíveis causas das disfunções ocasionadoras da torrente que faz desaguar no judiciário um verdadeiro “mar” de demandas, em que, em verdade, deveriam apenas gotejar questões pontuais de natureza específica, como veremos.

É certo que a ante a multiplicidade dos questionamentos suscitados, será necessário, a fim de concatenar o raciocínio, colocar em evidência as aptidões das funções de governo e também das impeditivas do desgoverno⁴, o grau de interatividade entre essas funções e a aptidão do sistema para geração dos efeitos ou realizações esperadas pela sociedade.

Com efeito, tais questionamentos possuem relevância na medida em que provocam reflexões voltadas à compreensão da dinâmica e da lógica na condução dos programas governamentais com seus inevitáveis reflexos na vida em sociedade e no que se convencionou chamar de dignidade da pessoa humana.

Para que tenha utilidade o presente trabalho, é necessário dizer aonde se pretende chegar, a importância da caminhada e, sobretudo, como se chegará ao destino. Nesse sentido, é preciso encontrar o equilíbrio entre valores e resultados, ou seja, na medida em que não se pode tolerar que o indivíduo fique desassistido, sem a resposta imediata que o judiciário pode dar, também se deve pôr em marcha um esforço de correção em que o sistema de controle (interno e externo) consiga eliminar no nascedouro o maior volume possível de distorções de planejamento e de execução que acabam nas mãos dos juízes.

2 Judicialização⁵ embalada a vácuo

⁴ Compreensão pedagógica exposta pelo professor Carlos Ayres Brito em palestra proferida no centésimo aniversário do Tribunal de Contas da Bahia.

⁵ Relevante observar que o tema em exame não se traduz na simples “obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente” (MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 57, 2002. p. 115).



Parafraseando Dworkin⁶ e levando os direitos realmente a sério, é forçoso compreender que o Poder, em qualquer de suas matizes, procura os vãos e sempre os preencherá ainda que não lhe seja reservado o mencionado espaço. Nacionalmente as políticas públicas, na imensa maioria dos entes federados, são “construídas no caminho”, ou seja, como reação aos problemas que vão ocorrendo. Para constatar a veracidade do argumento, basta observar os índices de suplementação⁷ autorizados nas leis orçamentárias dos diversos municípios brasileiros que, em muitos casos, chegam a 100%.

Necessário sobrelevar, outrossim, que o presente ensaio não pretende adotar postura refratária a ideia de complementariedade e de interdependência⁸ entre as funções executiva e judicante, entre o sistema político e do direito, o que é natural nos Estados Nacionais⁹, ao revés, o que se busca é o necessário acoplamento das ações governamentais e o distanciamento do nocivo ativismo judicial.¹⁰

Cabe referenciar, no extremo oposto da realidade pátria, que a contraposição científica exige precisa identificação das necessidades sociais, além do exame minucioso das providências que se apresentam como saneadoras, bem como dos resultados práticos, é claro. Em termos diretos, a política pública eficaz não é reativa, é proativa, se antecipa e é planejada.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes, 2010.

⁷ A Lei 4.320/64 permite que sejam abertas novas dotações para ajustar o orçamento e incluir autorização para despesas não computadas ou insuficientes dotadas na lei orçamentária anual (FEIJÓ, Paulo Henrique. **Entendendo a contabilidade orçamentária aplicada ao setor público**. Brasília: Gestão Pública, 2015. p. 247).

⁸ Montesquieu condiciona a liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos poderes e afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas, igualmente exequíveis de forma tirânica (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder judiciário. In: **Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais**. v. 42, p. 11- 2008. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. V. 4. p. 563, out. 2008).

⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrate. México Universidad Iberoamericana, 2002.

¹⁰ O exercício da jurisdição adjetivada como nociva é a que ignora a integração das políticas públicas consideradas de modo sistemático, não a integração da política ao direito, que é desejável e natural.



Como é de se inferir, as políticas públicas aplicadas em caráter não experimental exigem, para que sejam exequíveis e para que possam promover de maneira isonômica o “desenvolvimento nacional”¹¹, constante sopesamento dicotômico entre as necessidades e os meios disponíveis, o que se traduz em um ambiente de complexidade extremada, sobretudo considerando a tarefa de “desenvolvimento nacional”¹² que envolve as mais de 5.700 realidades municipais brasileiras.

Forçoso compreender e esperar que, ante o déficit de eficiência na consecução das ações de governo voltadas às necessidades básicas, as quais não são atendidas, sequer no nível mais elementar, ou seja, do mínimo existencial¹³, o caudaloso rio de disfunções desemboque nos bravios mares¹⁴ das judicializações das políticas públicas.

Cumprе sobrelevar que está no método, sede organizadora do raciocínio humano, a condução das ações de modo efetivo, sem desperdício de esforços ou de meios. Necessário se faz que instrumentos redutores de complexidades sejam empregados em uma rígida sequência voltada ao atendimento das necessidades individuais e coletivas, como se estivessem tecendo uma trama forte apta a impedir o esgarçamento das estruturas sistêmicas e que, ao mesmo tempo, pudesse funcionar como repositório de ensinamentos para novas aplicações, classificadas por Luhmann como redundâncias.

Tal instrumento apresenta-se como um modelo redutor de complexidades¹⁵ na medida em que amplia a sensibilidade, a prevenção de erros e também realça os bons trabalhos já produzidos. Que não se olvide, nesse passo, a relevância que o método possui no ambiente massivo das demandas sociais, com um volume absurdo de informações entrelaçadas em

¹¹ CF art. 3º.

¹² CF art. 3º.

¹³ “O mínimo existencial designa o conjunto de recursos materiais mínimos necessários para a existência humana digna” (CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de. **Dicionário de políticas públicas**. v. 2. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2015).

¹⁴ ALENCAR, José de. Iracema. Cap. 1. In: ALENCAR, José de. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1959a, V. 3.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolón. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 476.



uma trama em que a redundância – reserva tratada de informações – mitigará a sobrecarga ao mesmo tempo em que trará o refinamento derivado, como dito acima, das distinções e definições redutoras de complexidade.

No que atine a tais instrumentos, é de se ressaltar que as leis orçamentárias exercem o papel dúplice de margem legal autorizativa e necessária para consecução das políticas públicas, além de representar, por óbvio, inequívoco parâmetro para fiscalização a ser utilizado pelas estruturas de controle interno e externo. Em outros termos, as peças orçamentárias são aptas a reduzir complexidades desde que deixem de ser peças de “ficção”.

É certo que boa parte dos juízes não considera o exame orçamentário no arco das suas decisões sobre políticas públicas, inobstante, Ferraz JR lembra que o “Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal”.¹⁶

Para que não paire dúvida, Canela Junior¹⁷ assevera que “por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (poder Judiciário), que visam os fins primordiais do Estado”.

No tocante ao controle exercido sobre as políticas públicas, é relevante a compreensão de José Afonso da Silva¹⁸ de que a lesividade, por si, teria o condão de levar a anulabilidade do ato administrativo, ambiente que superava o vetusto entendimento de que a ilegalidade seria o único meio condutor para a anulação do ato. Tal compreensão, ainda que respaldada no art. 5º inciso

¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência. In: **Revista USP**, 21/14, mar. 1994.

¹⁷ Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo judiciário. In: **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**. v. 42. p. 11, out/2008. Doutrinas essenciais de direito constitucional. v. 4, p. 553, out/2008.

¹⁸ Apud GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades públicas**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 478.



LXXIII da CF/88, talvez já não seja suficiente, pois é necessário que a fiscalização, tomando por base o planejamento acima delineado, considere, além da regularidade e da economicidade derivados dos atos administrativos, sobretudo, os resultados alcançados.

Não importa apenas saber, v.g., se a licitação empreendida atendeu aos parâmetros legais e não foi antieconômica, é fundamental saber se a ação governamental foi realmente útil, se cada real empregado em saúde concretamente tomou forma em contratações adjetivadas como satisfatórias, ou seja, com elevando índice de eficiência.¹⁹

Nessa quadra, é necessário reconhecer, desafortunadamente, que até mesmo as cortes de contas, em coro com o judiciário e o ministério público, buscam mais a “juridicização da política²⁰ pública”, ou seja, a fiel observância do sentido jurídico com subordinação aos ditames codificados, do que a “judicialização da política”, mais envolvida e voltada ao exame dos resultados para a sociedade.

É certo que um olhar mais concentrado nas causas do que nas consequências contraindica o senso geral, compartilhado até mesmo por expoentes como Cândido Dinamarco, de que a saída é abrir caminho para o escrutínio das políticas públicas pelo Poder judiciário com a desmistificação do chamado “dogma da substancial da incensurabilidade do ato administrativo”²¹, redundando com isso no ingresso cada vez mais acentuado da função judicante no “exame do mérito administrativo”.

No entanto, cumpre obtemperar que tal assertiva não é e não será a panaceia para os males causados pela ineficiência administrativa, pois, mesmo

¹⁹ Cabe referenciar que algumas Cortes de Contas, v.g., TCE/RO, têm implementado índices de eficiência de gestão municipal e, dos 52 municípios do Estado de Rondônia, houve adesão de 100%. Tal mecanismo visa a permitir a sistematização de informações das municipalidades nas áreas de saúde, educação, planejamento, gestão fiscal e outras.

²⁰ CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de. **Dicionário de políticas públicas**. V. 2. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2015.

²¹ DINAMARCO, Cândido Ragel. **Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos**. Fundamentos do Processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. V.1, p. 434.



com a crescente enxurrada de demandas que inunda o judiciário, o que se percebe é uma acentuada insatisfação social.

Também não é raro encontrar mudanças de entendimento dentro do próprio judiciário, ora indicando uma solução, ora caminhando na direção oposta²², dando com isso sinais de que “definir atipicamente” políticas públicas pode comprometer todo o planejamento da função tipicamente executiva do Estado.

Não se pode desconsiderar, conforme assevera Marinoni²³, que “os procedimentos dirigidos a proteger direitos transindividuais exigem meios de execução diferenciados”, como tais, não somente aptos a conferir efetividade ao direito fundamental, mas também causar o menor prejuízo ou restrição possível ao Estado, réu nessas demandas.

Ainda na quadra das decisões judiciais em políticas públicas, é forçoso reconhecer que o juiz possui elevada carga de subjetividade, o que acaba por exigir, para que haja legitimidade na prestação jurisdicional, decisões controláveis²⁴, racionais²⁵, ou seja, é necessário demonstrar que esta seria a melhor a ser proferida diante da lei, da constituição e das peculiaridades do caso concreto.

Em outro giro, cumpre recordar que a metamorfose que veio do liberalismo, passou pelo Estado social e chegou ao Estado democrático²⁶ reclama, para que os objetivos republicanos insculpidos no art. 3º sejam atingidos, devidamente temperados com a prevalência dos direitos humanos, art. 4º, inciso II da CF, prestações indissociáveis da realidade social e das

²² SOUZA, Marcelle. **Artesã fica sem remédio que custa R\$ 1,5 milhão por decisão judicial**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/24/artesã-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do Juiz a partir dos direitos fundamentais a tutela efetiva**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1, n. 1, p. 68-81, abr. 2006.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos, 2002. p 531.

²⁵ CHAYES, Abram. **How does constitution establish Justice?** 101 harv. L. Rev. 1026 (1988). Disponível em: <http://www.nja.nic.in/P-950_Reading_Material_5-NOV-15/1.How%20does%20Constitution%20establish%20Justice.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



possibilidades orçamentárias representadas pelo que se convencionou chamar de reserva do possível.

Outrossim, não se pode olvidar que as constituições modernas já partem de ações positivadas, traduzidas em prestações do Estado²⁷, e que se contrapõe à mencionada reserva do possível. Ou seja, a condição inicial que se designa como Mínimo Existencial, também tida como condições mínimas de existência humana digna, devidamente posicionadas como direitos de segunda geração – econômicos, sociais e culturais – que por seu turno devem concretizar prerrogativas que são individuais e a um só tempo coletivas, reclama vultosos recursos públicos em um ambiente de aguda escassez.

Diante do que foi exposto, pode-se definir o arco da crescente intervenção judicial nas políticas públicas como resultado do déficit de planejamento da função executiva e da fiscalização da função legislativa auxiliada pelas Cortes de Contas. Tal déficit passa e tem origem, inequivocamente, no insuficiente foco voltado à regularidade do dispêndio público em detrimento do exame da efetividade do emprego de tais recursos, ou seja, políticas públicas satisfatórias aos anseios sociais.

Outrossim, verifica-se que o orçamento público é completamente deixado de lado nas decisões judiciais, olvidando-se com isso o seu papel autorizativo e parametrizador do dispêndio público. Transmutar as leis orçamentárias da condição de “peças de ficção” para instrumentos reais de planejamento e execução de políticas públicas seria o real caminho para o combate da causa do problema em exame.

Como dito, a travessia da faixa de nebulosa entre a reserva do possível e o mínimo existencial requer multidisciplinariedade técnica²⁸, requer estreito acoplamento entre os organismos de controle e de execução de políticas públicas, requer, sobretudo, olhos voltados à efetividade. Sem isso, será

²⁷ Importante referenciar que umas das principais dificuldades na outorga de tais prestações é a determinação dos seus limites, ou seja, até onde a referida prestação é exigível.

²⁸ “Cabe ao poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição” (CANELA JR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: um novo método de jurisdição – Apresentação qualificação doutorado: orientador kasuo Watanabe. p. 17-19).



ingenuidade inescusável²⁹ representar que decisões judiciais conseguirão realizar as tão sonhadas e pródigas tutelas prometidas constitucionalmente, mesmo as que versem sobre direitos fundamentais.

Com efeito, cabe perquirir, ante a ausência de recursos necessários ao mínimo existencial, quais os parâmetros de distribuição de recursos nas leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA). A indagação pode avançar, ainda, no sentido da possibilidade ou não de que o próprio orçamento seja alterado para contemplar tais necessidades, mitigando a discricionariedade de iniciativa e de determinação do próprio Executivo, ou seja, como se emergisse dessa disfunção uma obrigação de fazer a inclusão da ação governamental e o seu posterior dispêndio, o que de certo modo poderia até mesmo representar uma espécie de controle *a priori*.

3 Relevância do acoplamento institucional para uma intervenção qualificada nas Políticas Públicas

Relevando toda a argumentação posta, com ênfase nos efeitos deletérios do fechamento operativo, em que as organizações executam suas tarefas desconsiderando as interações entre o sistema e o ambiente, é de se observar que haverá muito mais êxito no enfretamento das obrigações legais se houver acoplamento organizacional segundo as aptidões e competências de cada ator.

É certo que, quando se trata do deslinde de políticas públicas, as ambiguidades de identificação dos problemas individuais serão constantes, de modo que mais uma vez a atuação acoplada tem como produto a exposição de uma rede recursiva que dará um tom de coletividade, muito importante para tomada de decisões nessa quadra, a quadra das ações de governo.

Mas, para que esse acoplamento seja possível, é necessário que o sistema tenha meios para perceber as características do seu ambiente e,

²⁹ WAUTELET, P. Le droit au preces équitable et L' égalité des armes. In: Therese, Caupain; **Leval**. L' efficacité de la justice civil em Europe. Bruxelles, 2000. p.121-129.



assim, tenha possibilidade de nele confiar estruturalmente, ou seja, firme no mínimo que se necessita para decidir. Haverá, nesse passo, uma desejável facilitação da influência do ambiente sobre o sistema, promovendo redução de complexidades.

Luhmann³⁰, traçando elucidativa analogia com o organismo humano, assevera que:

[...] os cérebros, com seus olhos e ouvidos, acoplam-se ao ambiente num espectro físico muito estreito; em todo caso não fazem por meio de suas próprias operações neurofisiológicas; mas, precisamente por isso, tornam o organismo incrivelmente sensível ao ambiente.

Fica claro, portanto, que o sistema deve interagir com o meio, a questão é desenvolver a sua sensibilidade, o que implica indispensáveis meios de conexão com outros órgãos. Sem isso, “o direito, no sentido moderno do termo, permanece corrompido”.³¹

Mais ainda, cientes das expectativas normativas atinentes a direitos fundamentais e a fim de que não sejam reduzidos à condição de mera retórica vazia, é forçoso um olhar atento sobre o realizável. Tal olhar, tal como acima descrito na analogia sensorial, pode e deve ser promovido pelas Cortes de Contas, o que impõe um breve exame sobre os seus métodos, objetivos e resultados.

Como é de amplo conhecimento, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da união e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder (art. 70 da CF).

Em outra quadra, mas ainda tratando do controle da administração pública que deve contribuir para o impulso da política estatal, a Lei 4.320/1964

³⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 591.

³¹ IDEM p. 597.



estatui no art. 75 que o controle da execução orçamentária (dispêndio público na consecução de políticas públicas) compreenderá o exame da legalidade dos atos de arrecadação ou realização de despesas e também do cumprimento dos programas de trabalho, os quais são expressos em termos monetários e de prestação de serviços públicos.

Ainda no campo do controle da administração pública, o Decreto-lei 200/1967, ao dispor sobre a organização da administração, art. 13, alínea “b”, assevera que a fiscalização deve incidir particularmente sobre o controle da aplicação dos dinheiros públicos, o que se dará no sistema de auditoria.

Diante dos apontamentos legais colocados em evidência, cabe indagar: como as auditorias promovidas nas Cortes de Contas poderiam subsidiar a atuação do judiciário para que este pudesse decidir de modo qualificado sobre políticas públicas?

Preambularmente, é necessário esclarecer que a auditoria é um exame independente, objetivo e sistemático, que toma por base normas técnicas que servem de parâmetro de confrontação com a realidade. Trata-se de um critério controlável para a emissão de opinião. Entre os objetivos da auditoria governamental, estarão a execução dos planos, os programas, projetos e as atividades conduzidas pela administração pública e, como tal, voltados à execução de políticas públicas nas mais diversas áreas com recursos oriundos das leis orçamentárias.

As normas de auditoria INTOSAI³² (ISSAI 100) parametrizam os tipos de exames, livres de distorções, em auditorias financeiras, de desempenho e de conformidade, sem embargo da mescla de todas, ou seja, combinadas. No campo do desempenho, o objetivo é verificar se os programas estão sendo operados com economicidade, eficiência e efetividade e, ainda, oferecer ao destinatário informações úteis ao aprimoramento das políticas públicas.

³² Os manuais de auditoria dos Tribunais de Contas são fundados em documentos da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) – ISSAI 100 (princípios fundamentais dos trabalhos de auditoria), ISSAI 200 (princípios de auditoria financeira), ISSAI 300 (auditorias de desempenho); ISSAI 400 (auditorias de conformidade).



Relevante discernir o que se tem, em auditoria, por economicidade, eficiência e efetividade (ISSAI 300). Haverá acatamento à economicidade quando os custos forem minimizados, os recursos estiverem disponíveis e em quantidade suficiente para que as políticas de estado possam ser executadas. Será eficiente a política pública que obtiver o máximo com os recursos disponíveis, trata-se de uma estreita relação entre os recursos dispendidos e os produtos adquiridos. Será efetiva a ação de governo que tenha atingido seus objetivos, ou seja, alcançado os resultados pretendidos.

As normas de auditoria da INTOSAI (ISSAI 100) voltam-se, ainda, para o campo da conformidade, em que o objetivo é proporcionar aos organismos de controle, detentores de poderes jurisdicionais, informações seguras a fim de que estes profiram julgamentos e eventualmente apliquem sanções aos responsáveis pelos recursos públicos, estando aparelhados para atuar inclusive na seara do processo criminal. Esse tipo de auditoria é apto a trabalhar com requerimentos específicos, esclarecendo, portanto, dúvidas dos julgadores.

As auditorias de regularidade observam com bastante ênfase os registros orçamentários, financeiros e contábeis. Verifica-se ainda a adequação das decisões administrativas tomadas pelos órgãos e entidades da administração pública bem como eventuais reincidências em falhas já apontadas em auditorias pretéritas.

No campo orçamentário, a auditoria operacional debruça-se sobre as chamadas funções, subfunções, programas, ações (projetos, atividades), ciclos operacionais e, ao final, emite um relatório técnico focado no desempenho dos órgãos e nos resultados alcançados nas políticas públicas com base na economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Cumpre sobrelevar que os resultados são colhidos de forma sistemática, ou seja, da interação entre os órgãos do Executivo.

Após a exposição, ainda que superficial, da estrutura de fiscalização empreendida nos âmbito dos Tribunais de Contas, cumpre, a fim de dar concretude à necessidade de interação entre as estruturas de controle externo



no âmbito do exame das Políticas Públicas (Legislativo/Tribunais de Contas e judiciário), fazer referência à veiculação no jornal Bom Dia Brasil³³, o qual tratou de decisão³⁴ do STJ que mandou suspender processos cujo objeto fosse a outorga de remédios fora da lista do Sistema único de Saúde (SUS).

A questão passa, sobretudo, pelo valor, ou seja, o que se pretende dirimir é o limite da obrigação do Poder Público na distribuição de remédios de alto custo na rede pública. As ações que ficaram sobrestadas em face da determinação giram em torno de 680 e deverão aguardar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a forma pela qual serão tratadas no âmbito de cada Estado, ou seja, o que se pretende é uma uniformização de entendimentos.

O Ministério da Saúde, na expectativa dessa decisão, alega que, de 2010 a 2016, ou seja, em sete anos, gastaram-se R\$ 4,5 bilhões para atender a determinações judiciais e, até março de 2017, já houve destinação de R\$ 236 milhões para atender demandas de medicamentos por ações na justiça. A Pasta afirma, ainda, que os investimentos para ampliar a lista do SUS foram de um aumento de 129%, passando de R\$ 6,9 bilhões em 2010 para R\$ 15,9 bilhões em 2016.

Ora, consoante se pode inferir do breve relato jornalístico, os pontos de vista se antagonizam em dois polos, ou seja, de um lado o Estado demonstra o seu inconformismo alegando que a assistência médica e farmacêutica integral assegurada na Constituição e na Lei 8.080/1990 (Lei de implantação do SUS) não significa dispensação de medicamento orientado pelo médico do paciente e fora dos protocolos Clínicos incorporados pelo Ministério da Saúde; e, no polo oposto, o cidadão. Seu argumento é concreto e tem como objeto um bem perecível e irrestituível, a vida.

³³ COLLUCCI, Cláudia. **STJ Suspende ações para fornecimento de remédios que não constam no SUS**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1887533-stj-suspende-acoes-para-fornecimento-de-remedios-que-nao-constam-no-sus.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

³⁴ Recurso Especial n.º 1657.156-RJ 2017/0025629-7 (Rito dos Recursos Especiais Repetitivos. Fornecimento de medicamentos).



O judiciário, por seu turno, reconhece o caráter representativo da controvérsia posta, ou seja, obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não previstos na Portaria 2.577/2006 do MS (programa de medicamentos especiais) que afeta, com base no art.1.036 do NCPC, o mencionado recurso especial levando em conta a multiplicidade de recursos com foco no tema.

Promovendo o devido recorte, a questão passa pela política pública de fármacos, contida no programa de medicamentos especiais, pelo custo da manutenção dessa política pública, pela crescente interferência judicial, com gastos superiores a R\$ 4 bilhões, e pela necessidade dos pacientes.

Em termos diretos, o que se pretende demonstrar é que tais matérias poderiam ser examinadas, em subsídio ao Poder judiciário, nas auditorias acima descritas, sobretudo no que atine aos resultados das políticas públicas (auditorias operacionais) e ao orçamento (auditorias de regularidade). Cabe sobrelevar que o intento é apontar a existência desse instrumental à disposição do juiz, que pode lhe oferecer uma visão de consequencialidade nas suas decisões, informando-lhe a fim de que o caos seja evitado.

Não se pode sublimar a realidade do impacto dessas decisões em termos sociais, econômicos e de governabilidade. Deve haver uma percepção orientada não só por parâmetros legais, mas, sobretudo, pelas consequências sociais derivadas do menoscabo ao preponderante viés orçamentário e financeiro. É necessário valorar que o direito à saúde, como direito fundamental, é de aplicação imediata, portanto, não escapa do constrangimento fático da escassez de recursos.

O protagonismo do juiz como ator político, nesse passo muito mais que “boca da lei”, tem origem no desenho institucional presidencialista e na amplitude dos direitos reconhecidos legalmente, e suas atribuições possuem os aludidos impactos sociais, econômicos e políticos.

Ora, mas se de um lado se contempla minguando a margem de discricionariedade do executivo e do legislativo, como fenômeno correlato é inevitável o aumento do grau de responsabilidade no exame das matérias atinentes à arena pública, sobretudo na tutela dos direitos difusos e coletivos,



em que as possibilidades de democratização da justiça são mais amplas do que na quadra individual. Em suma, a mentalidade deve ser no sentido da instrumentalização de uma justiça essencialmente distributiva.

É necessária uma visão biocular do problema. No campo dos casos individuais, em que as situações são dramáticas, vida ou morte, é natural que a tendência seja de garantir o direito, relativizando os aspectos materiais mencionados. No entanto, na porção macro, estrutural, geral, não se pode pensar a curto prazo, nem pontualmente. Nesse ambiente a visão é de conjunto, ou seja, têm relevância entendimentos que considerem o perfil do paciente e a eficácia da terapia, a possibilidade de implementação de tratamentos reembolsáveis e, sobretudo, quais pacientes terão, sob esses critérios, acesso aos diferentes níveis de serviços de saúde.

Não se pode desconsiderar que êxito em qualquer área que envolva a participação direta do elemento humano exige planejamento firmado em experiências pretéritas, execução fiel do que foi planejado, constante monitoramento para correção de rumos e, ao final, a avaliação dos resultados alcançados nas ações de governo.

Cabe perceber que não se trata da simples invocação do art. 196 da Constituição, não se trata simplesmente de considerar o direito à saúde como “direito de todos e dever do Estado”. É importante considerar que o texto constitucional também trata de políticas sociais e econômicas que tragam redução de riscos, ou seja, prevenção, sem embargo das ações voltadas à promoção e recuperação.

No entanto, as decisões concentradas unicamente na recuperação têm desorganizado ainda mais o planejamento e as finanças dos entes públicos, obrigando-lhes a redefinir de forma ainda mais precária do que ordinariamente já ocorre. Alterações na alocação de recursos são desviadas para o cumprimento das decisões judiciais em detrimento de um número muito maior de pessoas que poderiam ser beneficiadas, v.g., por novos hospitais e unidades de pronto atendimento. É o privilégio de quem tem acesso à justiça em prejuízo da coletividade.



REPATS

É certo que a função judicante, ao decidir questões envolvendo políticas públicas em diversos setores, não detém as competências que a estrutura administrativa, ainda que deficiente, possui. Com efeito, o presente ensaio não se propõe a rechaçar eventuais intervenções do Poder judiciário, o que se pretende é que o judiciário, ao decidir, não ignore todos os aspectos que a função executiva considerou na eleição de suas prioridades.

Em outros termos, a substituição do Estado administração pelo Estado juiz exige, para ser qualificada, que se percorra toda trajetória que mira a coletividade e deve chegar ao caso particular, sob pena de estarmos diante de mero atalho e não de uma solução. Não são raras as oportunidades em que se ouve das bocas de gestores, após o cumprimento de decisões judiciais, a seguinte afirmação: “se fosse para fazer assim, desconsiderando as limitações orçamentárias e financeiras, eu já teria feito”.

Cumprir sobrelevar que, firme nos propósitos institucionais modelados na Constituição de 1988, ao judiciário se outorgou inquestionável protagonismo. Nesse campo cresce a exigência da evolução da noção de igualdade e até mesmo de uma fundada expectativa de avanço no desempenho do judiciário. Trata-se aqui do exame da verdade efetiva das coisas, das coisas como são e não como se imagina que deveriam ser, não só na área da saúde, foco do presente tópico, mas em todas as áreas que envolvam políticas públicas, v.g., educação, habitação e saneamento.

Não se pode olvidar que os direitos sociais têm seus fundamentos em um padrão mínimo de igualdade, ou seja, a decisão consequente leva em conta a necessidade de usufruto dos bens coletivos de maneira uniforme por todos, diminuindo e interferindo, com responsabilidade, nas desigualdades concretas. Ainda que, para alcançar a justiça distributiva universal, com base em padrões científicos, exclusões sejam promovidas no seio da sociedade para que a igualdade formal assuma concretude.

Nessa toada de alargamento das responsabilidades do judiciário, agora coparticipante de ações afirmativas de políticas públicas, exige-se um ator que vá além da aplicação de códigos e leis, mas um agente com capacidade para



mensurar os impactos derivados do embate político e de participar, no limite de suas atribuições, não só da elaboração, mas da execução das políticas públicas.

4 Conclusão

Diante do exposto, assenta-se como conclusão que é necessária uma mudança de mentalidade sobre a intervenção judicial nas políticas públicas. Tal transformação deve partir do respeito à segregação das funções do estado, dos arranjos democráticos, sem embargo da tutela jurisdicional das garantias fundamentais, sejam individuais ou mesmo supraindividuais. Não se pode olvidar que sem o franco acesso à justiça direito algum toma forma.

Com efeito, não se pode negar que o judiciário é estuário final, aglutinador, dos preceitos de igualdade estabelecidos formalmente. Inobstante, não será justa a decisão que não for distributiva e, para ser qualificada como tal, é necessário que o poder judicante sirva-se, tal como explicitado, de percepção do ambiente, que busque informações, que mensure consequências. Tal possibilidade está ao alcance, basta para isso o acoplamento institucional com os demais organismos de controle, basta procurar tomar conhecimento da intimidade da gestão pública, basta buscar o acoplamento com o Controle Externo.

É necessário romper com o modelo monocrático da estrutura judicante nas soluções de médio e longo prazo. Parâmetros erigidos em audiências públicas promovidas pelas Cortes Superiores, com a participação do Controle Externo, podem significar uma solução para boa parte dos problemas crônicos residentes nas políticas estatais.

Agindo assim, será possível ao judiciário, ante a insuficiência de recursos na previsão orçamentária, determinar, com base em informações seguras, que o poder público faça constar na proposta orçamentária e, até mesmo, em face de descumprimento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública. Ante os embaraços da sempre



alegada reserva do possível, a efetividade viria em dois momentos, sendo o primeiro o da inclusão no orçamento, e o segundo de adimplemento da obrigação com a aplicação da aludida verba na política pública.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, José de. **Iracema**. 1. ed. São Paulo: Ciranda Cultural. Coleção de Literatura Brasileira.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos, 2002. p. 531.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**, Biblioteca do Senado Federal.

BRASIL, **Lei Federal nº 4.320/1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para Elaboração e Controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

CANELA JR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: um novo método de jurisdição (Apresentação qualificação doutorado: orientador kasuo Watanabe). “Cabe ao poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição”. p. 17-19.

CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de. **Dicionário de políticas públicas**. v. 2. ed. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2015.

CHAYES, Abram. **How does constitution establish Justice?** 101 harv. L. Rev. 1026 (1988). Disponível em: <[http://www.nja.nic.in/P-950_Reading_Material_5-NOV-15/1.How%20does%20Constitution %20establish%20Justice.pdf](http://www.nja.nic.in/P-950_Reading_Material_5-NOV-15/1.How%20does%20Constitution%20establish%20Justice.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2017.

COLLUCCI, Cláudia. **STJ Suspende ações para fornecimento de remédios que não constam no SUS**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1887533-stj-suspende-acoes-para-fornecimento-de-remedios-que-nao-constam-no-sus.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2017.



DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v.1, p. 434.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos poderes**: um princípio em decadência. São Paulo: Revista USP 21/14, mar. 1994.

GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades públicas**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 478.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 4. p. 563, out. 2008.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 57, 2002, p. 115.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do Juiz a partir do direito fundamental a tutela efetiva. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 68-81, abr. 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. [Livro 5, Cap. 2].

SOUZA, Marcelle. **Artesã fica sem remédio que custa R\$ 1,5 milhão por decisão judicial**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/24/artesa-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

WAUTELET, P. Le droit au preces équitable et L' égalité des armes. In: THERESE, Caupain. **Leval**. L' efficacité de la justice civil em Europe. Bruxelles, 2000. p.121-129.

