

# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DA GÊNESE E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

## SUSTAINABILITY AS A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE THAT MUST INFORM GENESIS AND CONTROL OF PUBLIC POLICIES

João Augusto dos Anjos Bandeira de Mello<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a Sustentabilidade revela-se como um Princípio Constitucional Sistêmico, que visa assegurar, no presente e no futuro, condições de vida de qualidade a todos os indivíduos. Neste contexto, e tendo o Controle como a função estatal responsável por garantir a legitimidade democrática, defende-se a Sustentabilidade como um importante critério balizador para informar a gênese e o controle de políticas públicas, inclusive naquilo que concerne a especificar o conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados, tais como o mínimo existencial e a reserva do possível. Propõe, ainda, o presente trabalho, que a Sustentabilidade, revelada por meio de um diálogo democrático consistente, é apta a oferecer relevantes subsídios para o estabelecimento de soluções válidas, em relação ao relevante problema das escolhas trágicas: o que e a quem atender em um momento de escassez de recursos públicos.

**Palavras-Chave:** Sustentabilidade; Controle; Políticas Públicas; Reserva do Possível; Mínimo Existencial.

### ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that sustainability is revealed as a Systemic Constitutional Principle, which aims to ensure good conditions of life for all individuals in present and future. In this context, and assuming control as the state function responsible for democratic legitimacy, it is argued that Sustainability must inform genesis, and control of public policies, and also must specify contents of indeterminate legal concepts, such as existential minimum, and reserve of possibilities. Furthermore, this paper proposes that Sustainability, revealed through a consistent democratic dialogue, is able to provide valid solutions to the important problem of tragic choices: what and who attends at a time of scarce public resources.

**Keywords:** Sustainability; Control; Public Policy; Reserve of Possibilities; Existential Minimum.

---

<sup>1</sup> Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Sergipe e mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe.

## **1 INTRODUÇÃO**

Apesar dos importantes avanços sociais verificados na Sociedade Brasileira, os indicadores de concretização de direitos fundamentais sociais ainda demonstram enormes e multifacetadas carências.

A Constituição Cidadã foi eloqüente e generosa, em termos de assegurar, no plano normativo, direitos voltados à proteção da saúde, da educação, da proteção de crianças e adolescentes. Ou seja, direitos que conformam e protegem a dignidade da pessoa humana.

Porém, dificuldades históricas, problemas de gestão, vícios culturais arraigados (como o patrimonialismo), e até mesmo falta de experiência fazem com que muitos destes direitos sejam mitigados, postergados ou até mesmo negados no plano fático.

É o que se vê no dia-a-dia, onde pululam ações judiciais buscando vagas em creches, prestação de cirurgias e tratamentos médicos, fornecimento de remédios, entre outros.

Ou seja, judicialização dos direitos sociais, em sede de controle de políticas públicas, onde ficam em evidência diversas questões, que merecem reflexão e resposta, com vista à melhor exegese da Constituição, da legislação aplicável e dos reclamos da Justiça.

Questões sobre quais são os limites da atuação do Judiciário em sede de controle de políticas públicas, sem que haja ofensa à Separação dos Poderes; ou sobre qual a melhor aferição daquilo que compõe o mínimo existencial; ou ainda os contornos do que realmente corresponderia à reserva do possível; estão (ainda) na ordem do dia das discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Questões relevantíssimas que têm sido discutidas pelos operadores do direito, e que têm dado ensejo a importantes reflexões efetivadas no bojo da doutrina e da jurisprudência.

Porém, entendemos que apesar de intenso, o debate não está exaurido, já que, pela complexidade do tema, sempre se pode tentar dar alguma contribuição ao deslinde do mesmo. E é o que ora propomos no bojo do presente artigo: discutir temas conhecidos, mas sob uma perspectiva e uma sistematização diversa - a da Sustentabilidade.

## **2 A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

Na dicção de BECK (1997), vivemos em uma segunda modernidade – modernidade reflexiva, em uma sociedade de risco.

Modernidade reflexiva, porque a sociedade atual vive em um estágio de crescente reflexão, criticando paradigmas, instituições, modelos sociais. Cada vez mais instituições

como o Estado, e sistemas como o Direito precisam de rearranjos e sintonia, com vista a cada vez mais frequentes renovações de legitimidade.

E sociedade de risco, porque o avanço da tecnologia, a globalização, a concentração do poder econômico, a difusão dos transportes e dos combustíveis, a crescente busca por novas fontes de energia, se por um lado, tendem a tornar a vida humana mais longa, cômoda e rica de experiências; por outro, trazem enormes **riscos** à própria sobrevivência humana na Terra.

Riscos ambientais, em termos de destruição dos ecossistemas, de diminuição da biodiversidade, de modificações climáticas profundas (ensejando, inclusive, desastres e tragédias naturais), de contaminação do ar atmosférico e dos recursos hídricos, entre outros, colocando em risco o Planeta e, em última análise, a própria sobrevivência da espécie humana.

Riscos sociais, onde a desigualdade econômica, a assimetria de oportunidades, e a omissão estatal criam condições propícias à eclosão da violência, e perturbações à paz social. Movimentos reivindicatórios organizam-se em termos de pautas para a modificação do agir estatal. E na ausência de respostas consistentes, movimentos que muitas vezes começam pacíficos, tornam-se turbulentos.

E riscos de escassez, conforme preconiza HARDIN (2008), onde o aumento populacional e o incremento do consumo desta população em crescimento demandam uma atividade regulatória consistente, em termos de gerenciamento e alocação de recursos, sob pena de exaurimento.

E qual o papel do Direito, diante dos riscos mencionados? Ora, na dicção de HABERMAS (1997, apud MONICA, 2013) o direito é o médium por excelência da integração social, na sociedade hodierna.

Por meio do Direito, o Estado organiza a sociedade de modo a garantir uma regulação necessária para o seu desenvolvimento e evolução. O que demanda paz social e proteção contra os riscos globais.

Neste sentido, podemos afirmar que está na estrutura e finalidade do Direito, que a ordem jurídica tem que prever mecanismos de mitigação e proteção da sociedade contra os riscos globais mencionados. E que os operadores do Direito e do Estado devem agir proativamente na prevenção de tais riscos.

Sob pena, em uma situação limite (que ninguém quer ver acontecer), do falecimento da ordem social organizada, do Estado, e da ineficácia da ordem jurídica e da impossibilidade

de garantir aos seus destinatários, os direitos fundamentais por ela assegurados. Ou seja, uma situação de **insustentabilidade da ordem vigente**.

Neste sentido, o ordenamento jurídico, tem que se organizar, ou na dicção de BOBBIO (1999, p.34), **tem que tender a delinear um sistema de normas** que formem um arcabouço sustentável, cuja harmonia, aplicação e exegese tendam à estabilidade e evolução daquela ordem social.

Muito bem. E quem tem que formatar a organização do sistema jurídico, espelhar os valores que devem obrigar as condutas humanas em relação intersubjetiva, e guiar os rumos não só de sustentação, mas de evolução de determinada Sociedade? É exatamente a **Constituição**.

É o que revela, por exemplo, Konrad Hesse, ao estabelecer a Constituição como pedra de toque e regente do Sistema Jurídico, devendo “ser compreendida como ordem jurídica fundamental de uma sociedade, que se estrutura a partir de certos princípios fundamentais”. (1998, p.37 apud FERNANDES, 2013, p.92).

E que, para sua concretização, como ápice do Sistema Jurídico:

Levantam-se exigências no sentido de: 1) fixar princípios diretores que conduzam à idéia de unidade política e desenvolvimento estatal; 2) fixar procedimentos capazes de solucionar controvérsias internas à comunidade; 3) fixar uma disciplina de organização e de formação da unidade política e da atuação estatal; e 4) criar as bases dos princípios componentes da ordem jurídica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 11 apud FERNANDES, 2013, p.92)

Porém, merece relevo que esta disciplina organizadora, na visão de Hesse, não seria uma mera moldura formal descompromissada com a realidade social. Não, para ele, a Constituição representa o modelo de Estado desenhado pela vontade normativa abstrata da comunidade, vontade reconhecida e ratificada por meio de processos de legitimação constantes.

Isto porque a coercitividade da norma constitucional não advirá unicamente do fato de que, por si só, a Constituição tem força normativa; mas também, e principalmente, da adesão de atos de vontade dos destinatários da ordem constitucional, que reconheçam os seus comandos como relevantes, legítimos e aptos ao desenvolvimento social. (FERNANDES, 2013, p.93).

Por isso, a relevância do que se convencionou chamar de abertura constitucional, ou seja, a constituição não detalhar e codificar de forma minuciosa todos os aspectos da vida humana.

Isto porque, na prática, o ordenamento jurídico, a partir da Constituição, não pode diretamente prever soluções exatas, para as múltiplas e multifacetadas situações jurídicas concernentes à sociedade atual hipercomplexa.

É necessário um espaço de conformação para que sejam tomadas as melhores soluções jurídicas adequadas a cada caso concreto. Como também um espaço para construção (e reconstrução) de múltiplos projetos de vida boa, já que o norte social está em constante mutação, face à intensa velocidade da dinâmica dos fatos e constantes revoluções nas relações humanas.

Desta forma, as normas constitucionais, ao adotarem um caráter mais principiológico (e menos peremptório), tornam-se mais adequadas a resolverem os conflitos e as perplexidades da sociedade de risco em que vivemos; e deste modo, mais aptas a reproduzir o processo legitimatório constante, ao qual o ordenamento jurídico está submetido, no bojo da sustentação e evolução da ordem social. (Mudar para permanecer é a tônica dos tempos modernos).

Mesmo caminho segue FERNANDES (2013, p.81), ao expor a sua compreensão sobre o pensamento de Canotilho, acerca da morte da Constituição Dirigente, aduzindo que o que não faz sentido é tentar a Constituição demonstrar um plano fechado, dirigido ao Estado, para solucionar todos os problemas, notadamente aqueles voltados à implementação da Justiça Social. É necessária uma Constituição de caráter mais aberto, “mais reflexiva (leve) e menos impositiva”.

Primeiro, porque cada vez mais os problemas nacionais têm que ser analisados à luz de questões supranacionais, sob a égide de Tratados Internacionais.

Segundo, porque seria inviável achar que “o normativismo constitucional revolucionário seria capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias” (FERNANDES, 2013, p.82). “Ele vai ter que buscar legitimação em uma sociedade tão diferenciada em função dos múltiplos projetos e concepções de vida” (FERNANDES, 2013, p.80).

Neste sentido, é na Constituição, cerne do ordenamento jurídico, que estará a chave irradiadora da conformação do Estado; conformação esta em constante evolução e mutação (e diuturna legitimação), em busca de uma Sociedade que garanta aos seus indivíduos, a paz, a

evolução, o desenvolvimento e o conforto inerentes à dignidade da pessoa humana, no presente e no futuro.

Conformação a qual, cabe à Constituição garantir, e proteger dos incontáveis riscos já mencionados anteriormente, assegurando sustentabilidade aos múltiplos projetos de vida boa amparados constitucionalmente; e que representam, a um só tempo, os anseios e a identidade desta mesma Sociedade.

Neste diapasão, é que a Sustentabilidade exsurge, como Princípio Constitucional, transcendendo por completo o viés ambiental a que a mesma vem sendo normalmente restringida; e adotando uma postura proativa e protetiva da estabilidade e evolução da ordem social, influenciando, de forma sistêmica, todos os ramos do Direito.

E é sobre este assunto que discorreremos de agora por diante.

### **3 O CARÁTER SISTÊMICO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE.**

Com efeito, o que se busca demonstrar é que o art.225 da Lei Magna Federal, que comanda o direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é apenas um dos pilares da Sustentabilidade.

O pilar da necessidade da proteção ambiental, de regulação das atividades humanas, no sentido de prevenir e corrigir os atentados ao meio-ambiente, à fauna e à flora (pois sem substrato ambiental, será impossível o desenvolvimento e o futuro da espécie humana).

Porém, defende-se que a Sustentabilidade tem muitos outros pilares, ou, no dizer de FREITAS (2012), muitas outras dimensões, que condicionam e informam o ordenamento jurídico como um todo, notadamente quanto ao agir estatal (daí o seu caráter sistêmico).

A Sustentabilidade, segundo FREITAS (2012), tem uma dimensão **social**, no sentido de uma visão humanista e antropocêntrica de Estado, e de eleição da dignidade humana como Princípio Fundamental.

Tem uma dimensão **ética**, na medida em que os seres humanos comungam de uma preocupação racional de deixar um legado positivo sobre a Terra. “Uma atitude [...] que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza” (FREITAS, 2012, p.61).

Uma dimensão **econômica**, vinculada a uma ponderação, em todos os empreendimentos públicos e privados, dos ganhos e malefícios decorrentes da atividade, e aferidos em uma visão de longo prazo – das conseqüências que a modificação no mundo fático trará consigo no futuro.

E, finalmente, é denotada uma dimensão político-jurídica:

que ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente. (FREITAS, 2012, p.67)

Ou seja, defende FREITAS, que a Sustentabilidade, com base nas dimensões mencionadas, que devem ser entrelaçadas, pois intimamente correlacionadas, acaba por revelar um Princípio Constitucional sistêmico, conformador e condicionador de todo o Direito. Um Princípio Constitucional síntese buscando “a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo ao direito do futuro”. (FREITAS, 2012, p.73)

Neste sentido, temos que o Princípio da Sustentabilidade é um princípio reitor do direito a um futuro promissor e de qualidade a todos os indivíduos.

E mais, é um Princípio protetor da ordem social contra os riscos ambientais, de escassez e sociais adredemente mencionados, sindicando e proibindo condutas que ponham em risco, no presente e no futuro, a capacidade de o Estado (por meio de todos os seus entes) promover (diretamente ou por meio de incentivos e regulação), evolutivamente, condições multidimensionais de vida de qualidade a sua população.

Do que decorre, adotando-se a premissa de BARROSO (2005), de constitucionalização do Direito, reconhecendo-se a Constituição como peça central e protagonista do ordenamento jurídico - qualificativo ao qual acrescentamos a metáfora de coração, de onde pulsa o fundamento de validade de todo o sistema, e, ao mesmo tempo, de sistema imunológico, onde reside também a defesa do mesmo sistema -, tem-se que a Sustentabilidade, como Princípio Constitucional, conforma e condiciona todos os ramos do Direito. Notadamente os ramos do Direito Público responsáveis pelo controle dos atos dos agentes públicos.

Ou seja, a Sustentabilidade servirá de baliza interpretativa de todas as normas jurídicas, impondo, deste modo, limites (e obrigações) ao legislador, ao administrador e ao julgador – ou seja, aos operadores do direito.

E baliza em que sentido?

De que todos os atos jurídicos têm que ser vistos e avaliados sob uma perspectiva ampla de suas conseqüências a longo prazo; levando em conta a possibilidade de sua

reprodução contínua, os incentivos que deles decorrem, e as conseqüências das ações decorrentes destes incentivos.

Veja-se, por exemplo, o caso da mobilidade urbana. Recentemente, o Governo Federal, reduziu os impostos para compra de automóveis novos. Ou seja, incentivou (para aquecer a economia) a compra de carros zero quilômetro, levando a que grandes parcelas da população adquirissem o seu primeiro automóvel, ou trocassem o seu por um mais novo.

Sendo certo que, havendo troca, aquele automóvel usado irá para outro consumidor, que também trocará o seu carro, assim sucessivamente, até que também alguém adquira o seu primeiro carro.

O que decorre desta política? O aumento do número de carros nas cidades. Ocasionalmente mais poluição atmosférica, necessidade de abertura de novas ruas (quando possível), necessidade de mais estradas, de mais áreas de estacionamento, de maior regulação de trânsito, entre outros problemas.

Paralelamente, é cediço que, no Brasil, não se investe como se deveria em transporte público, notadamente os transportes ferroviários – trem e metrô, que demandam planejamento de longo prazo e grandes investimentos.

Nesta toada, qual é o produto esperado? Cidades cada vez mais repletas de automóveis e cada vez maiores dificuldades para implantação do transporte ferroviário.

Tudo isto, aliado a um sistema de ônibus que não funciona com excelência, leva, no limite, ao caos que já vemos em algumas metrópoles: trabalhadores que gastam cinco, seis horas diárias em deslocamento para o trabalho, em nítido prejuízo à saúde física e mental.

E qual tem sido a saída de mercado? Em função da mobilidade e do custo, o uso de motocicletas, inclusive aquelas de baixa cilindrada, que são mais baratas e não demandam habilitação para conduzir, e nem pagamento de taxas e impostos. E qual tem sido o resultado desta solução? Inúmeros acidentes graves, lesionando e seqüelando parcela da população economicamente ativa brasileira.

Desta forma, vê-se claramente, por ação ou omissão, um conjunto de práticas cujo encadeamento leva a uma espiral crescente de problemas - um círculo vicioso denotando uma grave ameaça às condições de vida de qualidade, no futuro, ao todo da população. Ou seja, práticas **insustentáveis**, que podem ser contestadas pelos meios de controle postos à disposição.

É natural e útil, portanto, que este critério da Sustentabilidade, nos termos aqui propostos, por seu caráter sistêmico, seja utilizado também como Princípio reitor para conformação e controle de políticas públicas.

E é sobre este tema que começaremos a debater a partir de agora, iniciando com a necessidade e legitimidade de um controle de políticas públicas estatais.

#### **4 DA NECESSIDADE E LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Ao longo dos tempos, uma das objeções reiteradamente colocada contra ao controle de políticas públicas (notadamente o Judicial) é exatamente um possível confronto à separação dos poderes, na medida em que ao dispor sobre (e assim controlar/modificar) uma política pública, estaria um órgão de controle (no caso, representado pelo Poder Judiciário) invadindo seara de competência discricionária do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que estariam legitimados democraticamente para o desenho de tais políticas.

Ora, tal crítica não merece fundamento. Ou, pelo menos, não merece fundamento na profundidade que desejariam aqueles que não aceitam o controle judicial de políticas públicas.

Com efeito, políticas públicas, em síntese apertada, são o conjunto de ações perpetradas pelo Poder Público, com o fito de assegurar direitos à população, notadamente aqueles de índole constitucional.

Ou seja, as políticas públicas representam o desenho, o planejamento, e os efetivos projetos e atividades desenvolvidos pelo Estado, para garantir as prestações necessárias ao exercício dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

Sendo que, tais direitos, dispostos de modo genérico na Carta Federal, são disponibilizados à população via serviços públicos, cujos regimes jurídicos estão disciplinados em Leis Ordinárias (ou Complementares), e são custeados por recursos públicos periodicamente autorizados e alocados a tais fins, mediante leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

Neste sentido, vê-se claramente uma participação do Poder Executivo (iniciativa - muitas vezes, e sanção) e do Poder Legislativo, no que pertine à gênese de tais leis (definidoras de regimes jurídicos e de alocação de recursos).

Sendo que, é certo, que tanto a Constituição deixa em aberto à atividade legislativa, como as próprias leis deixam em aberto para a atividade administrativa, espaços discricionários, que devem ser preenchidos mediante tomadas de decisão buscando sempre a melhor alternativa possível de atendimento ao bem que se quer proteger ou serviço que se busca prestar.

Deste modo, tem-se que, realmente, de forma primordial, o desenho das políticas públicas está afetado ao Executivo e ao Legislativo. Sendo a operacionalização de tais políticas desempenhada pelo Poder Executivo, mediante atividade administrativa.

Sendo reconhecidos espaços discricionários em tais atuações, pois, como vimos anteriormente, seria impossível prever todas as situações de atendimento, todas as soluções almeçadas, em uma sociedade onde a complexidade cresce a cada dia.

E seria possível o controle desta discricionariedade, em sede de controle de políticas públicas? Notadamente pelo Poder Judiciário, que detém a faculdade de se expressar por último em qualquer questão? (Transformando-a alfim em imutável coisa julgada?)

Para respondermos tal pergunta, merece relevo que a Carta Magna de 1988, denota uma Constituição Republicana com Regime Democrático. E o que isto significa?

Ora, ao adotar a forma de governo República e o regime democrático de Governo, estabelece a Constituição Federal que todo o Poder emana do povo e em seu nome será exercido.

Também que todos os bens e recursos públicos angariados e extraídos pelo Poder extroverso estatal devem ser utilizados em prol do interesse público; e mais, disto decorre logicamente que pode este mesmo povo syndicar se o Poder por ele outorgado e os correlatos bens e recursos públicos estão sendo utilizados de acordo a vontade legítima da população, corporificada na Constituição, nas Leis e nos anseios individuais e coletivos.

Ou seja, tanto quanto a atividade legislativa, ou executiva, a atividade de controle tem matriz constitucional, e no caso do controle judicial de políticas públicas está em jogo o exercício de duas funções estatais: a função Judiciária (decorrente da inafastabilidade da jurisdição) e a função Controle.

E, neste diapasão, descabe falar em falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercer tal controle. Primeiro, porque, como dito, a legitimidade para exercer a jurisdição (e, por meio da jurisdição, controle) decorre da própria Constituição.

Segundo, porque tal exercício de controle é indispensável à própria manutenção da democracia. Vejamos.

Ora a prestação de serviços públicos demanda, como visto, ações estatais que utilizam recursos públicos para sua operacionalização. Recursos, que são limitados, e que devem ser alocados para que sejam alcançadas as finalidades do Estado.

Sendo certo, **que a alocação destes recursos não é plenamente livre**, já que a própria Constituição estabelece parâmetros e escalas de valoração, na medida em que estabelece deveres, para o Estado, de concretização de direitos fundamentais, no presente e no

futuro, por meio da manutenção (e evolução) da ordem social – Sustentabilidade, como vimos acima.

Desta forma, podemos vislumbrar algumas áreas que detêm prioridade em relação a outras. À guisa de exemplificação e à luz da sustentabilidade da ordem social, vemos como áreas prioritárias: **a saúde**, para manutenção da vida dos indivíduos, formadores da ordem social; **a educação e o investimento em infraestrutura** (geminados pois intimamente correlacionados para o mesmo fim) para que haja o progresso social necessário ao aumento populacional e à estabilidade das relações sociais; **a segurança pública**, de modo a garantir a paz social necessária ao desenvolvimento das relações humanas e a própria idoneidade da ordem jurídica; e **a preservação do meio ambiente**, já que nada é mais sustentável do que garantir a idoneidade do substrato físico necessário à realização da vida.

Neste sentido, à luz da Sustentabilidade comentada (como à luz de outros critérios de fundamentalidade), as áreas mencionadas têm precedência, por exemplo, em relação à realização de festas e eventos; à construção de monumentos; à realização de publicidade institucional, entre outras.

Ou, seguindo ainda o mesmo raciocínio, tem-se que áreas mais pobres e desassistidas devem ser privilegiadas, em termos de investimento público, em relação a áreas economicamente mais abastadas.

Porém, merece relevo ressaltar que nem sempre os mandatários públicos vêm a perspectiva social desta forma, adotando escolhas puramente racionais e de fiel observância dos valores da Constituição.

Tudo porque não lhes é indiferente, em termos de interesse pessoal, a utilização de uma ou outra escolha pública<sup>2</sup>.

Com efeito, a democracia pressupõe eleições, forma de participação dos eleitores na escolha dos seus representantes, no caso brasileiro, no Poder Executivo e no Poder Legislativo. E, a expectativa de quem disputa eleições é ser reeleito, ou ser eleito para um cargo superior. Ou seja, trabalhará e terá como foco obter votos suficientes para ganhar as eleições.

E, nesta perspectiva de ganhar votos, é que todo o exercício do mandato será focado nas próximas eleições, podendo acontecer de, em vez de efetuar escolhas discricionárias

---

<sup>2</sup> THALER e SUNSTEIN fazem esta crítica, inclusive, quanto à experiência americana, onde um caráter liberalizante é mais adotado nas políticas públicas, exatamente porque há percepção e receio da população que não se possa confiar no Poder Público, prevendo que os agentes políticos agirão sempre em interesse próprio ou no interesse de pequenos grupos privados (2008, p.10)

racionais e voltadas ao espírito constitucional; o mandatário utilizar as prerrogativas de escolhas à sua disposição, para maximizar o seu potencial eleitoral.

E como isto pode acontecer? Por exemplo, **investindo** vultosos valores (públicos) em comunicação, para dar visibilidade ao seu mandato (e reforçando sua imagem), quando na realidade tais valores poderiam ser utilizados diretamente na concretização de direitos fundamentais; **decidindo** pela realização de obras faraônicas (que muitas vezes não são estruturantes), com vista a satisfazer grandes empresários; ou ainda, dentre outras possibilidades, **incentivando** a utilização de algum tipo de transporte (como o rodoviário, com o viés de insustentabilidade, visto acima) atendendo ao lobby da indústria respectiva.

Ou, o que pode ser mais cruel, **desatendendo** pleitos impostergáveis das minorias, exatamente porque as minorias desassistidas, por serem minorias, representam um menor número de votos; ou como adverte SUNSTEIN (2001), menor poder político.

Ou, mais vil ainda, **eliminando** paulatinamente o direito a um futuro de qualidade à nação, haja vista o baixíssimo índice de efetividade do binômio **planejar/executar o planejado**, já que a perspectiva, infelizmente, tem sido inaugurar obras e serviços no mandato, sem ênfase no planejamento de longo prazo.

Tudo porque planejamento e gestão pública são irmãos siameses, sendo a gestão pública considerada, segundo **NARDES (2013, p.1)**, um grande entrave ao progresso brasileiro. Afirma o Presidente do Tribunal de Contas da União: “O grande gargalo do desenvolvimento brasileiro é a gestão pública. Existem algumas instituições com grande dificuldade de entregar um produto para a sociedade, como uma boa educação e uma boa saúde, por exemplo”.

Frise-se que, em boa parte dos casos, este tipo de agir estratégico é bem sucedido, exatamente porque o ser humano, apesar de dotado de inteligência, não é um exemplo perfeito de sucesso em tomadas de decisão<sup>3</sup>.

E se assim não fosse, não seria necessário o desenvolvimento de tantas políticas de desestímulo de certas práticas (como, por exemplo as restrições ao uso de drogas, incluindo o álcool e o fumo – se houvesse perfeita racionalidade, bastaria saber os efeitos nefastos do uso, para que este fosse descartado).

---

<sup>3</sup> Neste sentido, THALER e SUNSTEIN, em tradução livre: “Uma falsa premissa é a de que as pessoas tomam decisões que quase sempre levam ao seu melhor interesse; e sempre melhores do que se outros tomassem a decisão.” (2008, p.10). Os autores aduzem que, normalmente, em assuntos técnicos, o indivíduo não tem conhecimento suficiente para tomar a melhor decisão. Por isso, precisa ser muito bem informado e auxiliado (por meio de incentivos) para escolher o melhor caminho.

E a utilização, no Brasil, do estímulo a práticas virtuosas, para as quais, também, racionalmente não seriam necessários tais incentivos, haja vista a moldura nacional de problemas sociais.

Temos como exemplos deste argumento, os limites mínimos de gastos em educação e saúde previstos na Constituição, e o limite de máximo gastos com pessoal, previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal. Tudo porque, se houvesse perfeita racionalidade, não precisariam existir os limites mencionados, pois eles seriam cumpridos naturalmente.

Neste sentido, é que exsurge o controle como possível saída para este paradoxo da democracia, que na visão sociológica atual, ainda incentiva (com a impunidade e a reeleição) para que os eleitos não bem representem o todo do eleitorado, e tomem decisões muitas vezes desarrazoadas com vista à obtenção de vantagens políticas.

Deste modo, a existência do Controle (incluído o Judicial, mas também aquele efetivado pelos Ministérios Públicos, Controladorias e Tribunais de Contas) funciona como defesa do sistema democrático, para que haja uma correção de rumos, buscando o retorno à sustentabilidade do Sistema. Por isso, descabe dizer que o controle judicial é antidemocrático. Muito pelo contrário, tal controle é fortalecedor da democracia.

Desta forma, facilmente se percebe a necessidade do controle de políticas públicas. Porém, quais seriam os limites deste controle? É o que veremos a seguir.

## **5 POSSIBILIDADES E LIMITES AO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS. (UMA VISÃO DE SUSTENTABILIDADE)**

### **5.1 Da complexidade da formulação (e do controle) de políticas públicas**

Ora, já vimos que o controle de políticas públicas além de possível, é necessário como fator de correção da democracia. Porém, como devem operar os órgãos de controle, notadamente no que pertine ao controle judicial, de modo a perpetrar um controle democrático e sustentável de políticas públicas?

Com efeito, o que primeiro deve-se ter em mente é que a gênese de uma política pública é algo realmente complexo, já que o Estado e sua Administração Pública têm pela frente múltiplos desafios e carências históricas que têm de ser atacados, porém, com recursos de gestão e orçamentários limitados.

Explicando melhor, temos que, além de serem muitas as áreas em carência, como, por exemplo, educação, saúde, segurança, infraestrutura, entre outras; em cada área há uma

série de dificuldades diversas, como *verbi gratia*, tomando como parâmetro a Educação: temos a necessidade de melhoria da qualidade do ensino e dos professores; da estrutura das escolas; da quantidade de creches disponíveis; da interiorização das vagas em universidades; do aumento de vagas em ensino profissionalizante, etc.

E, para cada um destes desafios, em cada área, há uma gama de soluções técnicas possíveis. Veja-se o caso do aumento do número de creches - qual a melhor solução? Construir creches públicas? Comprar vagas em creches particulares? Subvencionar entidades do terceiro setor?

Tudo sem falar que, como os recursos são escassos, há que se delinear a definição dos investimentos ao longo do tempo, ou seja, quais obras são prioritárias, urgentes ou emergenciais e que devem ser efetivadas de imediato. E quais projetos podem ser relegados ao futuro.

Sendo que, para cada solução técnica escolhida, há um tempo de implantação determinado, uma expectativa de número de beneficiados, um custo específico, e um certo impacto ambiental, variáveis que devem ser levadas em conta para a tomada de decisão.

Desta forma, facilmente se percebe que a melhor solução, o melhor desenho em termos de política pública é algo realmente complexo. Sendo cediço que, muitas vezes, o correto desenho de uma política pública pode ser fruto de anos de trabalho e de experiência.

Neste sentido, a primeira coisa que o órgão de controle deve ter em mente é a necessária humildade e parcimônia na utilização do seu Poder. Notadamente o Poder Judiciário, na medida da falta de estruturas técnicas específicas para tais avaliações.

Sem falar que, normalmente, a visão judicial restringe-se à política pública posta em combate, como adverte SUNSTEIN (2001), em termos da dificuldade do controle judicial em ter uma visão geral de todos os programas de governo (para poder confrontar aquela política pública, e avaliá-la no bojo do todo e das prioridades da Administração).

Neste sentido, SARLET e FIGUEIREDO (2008, p.210): “No que diz respeito com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*)”.

Por isso, deve-se por em relevo que o Poder de Controle deve ser sempre manejado no sentido de verificar se o sistema (ora controlado) pode ser aperfeiçoado. E nunca como mera substituição da vontade do administrador pela do controle, pois, em não havendo equívoco administrativo peremptório, deve prevalecer a vontade daquele que, em tese, está mais preparado para a decisão do caso concreto: o administrador.

## **5.2 A sustentabilidade como fator essencial no desenho e controle de uma política pública.**

Porém, algo que sempre se deve ter em mente quando do controle de políticas públicas é que estas devem ser sustentáveis (no sentido de que elas tendam a uma estabilização virtuosa), do mesmo modo que qualquer intervenção do controle no sistema de políticas públicas deve também ser sustentável. Expliquemos melhor.

Ora, quando dizemos que uma política pública deve ser sustentável, é no sentido de que a mesma deve ser desenvolvida sem causar riscos à ordem social, seja por violação a direitos fundamentais, seja por exaurir a capacidade financeira do ente responsável.

E mais, política pública ideal é aquela que funciona em forma de círculo virtuoso, ou seja, de modo que incentive a população a aderir às metas da política pública, agindo como parceiros do Estado. Ou seja, agir, por meio de incentivos, para que, no futuro, a intervenção estatal seja igual ou menor em prol de um mesmo resultado.

É o que propõem THALER e SUNSTEIN (2008), defendendo que o Estado deve incentivar, no bojo das políticas públicas, comportamentos virtuosos, notadamente explicando e informando os destinatários da política pública, as vantagens do comportamento incentivado.

Expliquemos, tomando alguns exemplos.

Ora, tenhamos em mente as políticas públicas de saúde, que envolvem prevenção de doenças (ações de saneamento, vacinação, estímulo à vida saudável e a check-ups periódicos, entre outros), e o seu tratamento (que envolve consultas médicas, internamentos, cirurgias, fornecimento de medicamentos, entre outros).

Se as ações preventivas forem bem sucedidas (com a efetiva adesão da população), é certo que a medicina curativa cederá espaço, havendo economia de recursos (pois a prevenção é menos onerosa do que o tratamento) e melhor proteção do bem jurídico, que é a vida.

Porém, se a visão for a inversa, haverá cada vez mais pessoas doentes, precisando de tratamento, e cada vez por mais tempo, podendo-se chegar a um colapso do sistema.

Tomemos para análise, agora, os benefícios assistenciais, como o bolsa-família e os benefícios da LOAS<sup>4</sup>. Ora, se a proteção social se der por meio de políticas públicas que, simultaneamente aos auxílios financeiros, prevejam incentivos à obtenção de empregos ou de

---

<sup>4</sup> Lei Orgânica da Assistência Social (Lei Federal 8.742/1993), que assegura um benefício mínimo a idosos e pessoas com deficiência, notadamente carentes e que não possam garantir o seu sustento.

trabalho autônomo por parte da população ativa, ou ainda a filiação a outros sistemas de proteção como a Previdência Social (com efetiva inscrição e recolhimento); é certo que, no futuro, os gastos estatais com os auxílios diminuirão.

Porém, se não houver o contra-incentivo ao recebimento dos auxílios, chegar-se-á à perplexidade de se preferir receber o auxílio governamental a trabalhar. E aí a mão-de-obra disponível será cada vez menor; e, com isso, a arrecadação será diminuída, haverá menor oferta de empregos, e aí mais pessoas precisarão de auxílio, e o Estado terá menores condições de pagá-los. Gera-se, assim, uma situação insustentável.

Neste sentido, o Estado, na formulação da política pública, tem que prevê-la para que ela se sustente ao longo do tempo, para que esta possa cumprir efetivamente seu mister, que no caso brasileiro, é de ser efetivamente **transformativa**, com vista a espantar os fossos sociais e carências históricas.

E isto tem tudo a ver com a vontade constitucional já que, segundo SUNSTEIN (2001), uma Constituição pode ser conservativa ou transformativa.

Conservativa seria aquela voltada à manutenção dos ganhos sociais, típica de países onde os indicadores demonstram altos índices de desenvolvimento.

E transformativa que visa exatamente uma evolução, uma transformação no arcabouço de uma sociedade. É o caso da Constituição sul-africana que buscou a redenção do apartheid, e dos efeitos nefastos da segregação racial sobre a sociedade (SUNSTEIN, 2001). É o caso da Constituição brasileira (como já insinuado acima) que buscou, a um só tempo, resgatar as dívidas sociais típicas de um país em desenvolvimento e as influências opressivas legadas pela ditadura (PIOVESAN, 2008).

E deste aspecto, de que as políticas públicas devem ser sustentáveis, redundam que: primeiro, pode haver controle de políticas públicas que, em sua formulação, não tenham este caráter de estabilidade ou involução ao longo do tempo; e, segundo, que a política pública modificada pela ação do controle não pode ser também insustentável.

Neste sentido, veremos a seguir, considerações acerca da adoção do critério da sustentabilidade como parâmetro de controle, em sede de políticas públicas.

## **6 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A SUSTENTABILIDADE**

Um das principais motivos do controle judicial de políticas públicas é exatamente garantir o mínimo existencial, que corresponde ao substrato mínimo de direitos aptos a

assegurar uma vida digna, com proteção, segurança, saúde, moradia e possibilidade de lazer e desenvolvimento intelectual.

Segundo TORRES (1990, p.69): “O mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”

Mais, como anota, SUNSTEIN (2001), quando as necessidades mínimas não são supridas, quebra-se o muro de imunidade que protege o indivíduo contra o Estado, a ponto de não existir uma verdadeira liberdade. Ou no dizer de MOREIRA NETO (2011), há apenas uma democracia formal e não substancial.

Frise-se desde logo que o mínimo existencial não corresponde ao mínimo vital; ou seja, não se trata aqui do mínimo de condições passíveis de garantir a mera sobrevivência ou subsistência do indivíduo. Aqui estamos falando de assegurar não só a continuidade da vida, mas a vida com tranquilidade psíquica e com expectativas de oportunidades de evolução, especialmente em termos de desenvolvimento intelectual.

Como bem asseveram SARLET e FIGUEIREDO (2008, p.195):

Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sócio-cultural que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente – mas não exclusivamente – no caso da educação fundamental) haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial [...]

Neste sentido, a jurisprudência (vide a posição do STF no ARE 639337/SP e RE 581352 Agr/AM) tem sido assente no sentido de que cabe ao Estado garantir à sua população, por meio de políticas públicas, este mínimo existencial. Deste modo, em o indivíduo não sendo contemplado em uma das múltiplas searas correspondentes ao mínimo existencial, pode reclamar tal fato em juízo, demandando-se a intervenção do judiciário<sup>5</sup>.

Porém, qual o tamanho deste mínimo existencial? Todos têm direito a todas as prestações? Qual o nível de conforto a ser assegurado pelo Estado em termos de Educação, Saúde, Moradia, Alimentação, etc?

Ora, esta é a grande dificuldade, pois se em casos extremos é fácil aferir uma situação que demanda atuação: ausência de moradia; ausência de escola; situação de fome, entre outras.

---

<sup>5</sup> Para proteger a chamada intangibilidade do mínimo existencial.

Mas se estivermos em uma zona cinzenta, onde os direitos fundamentais são atendidos, mas em parâmetros de não excelência.

Por exemplo, se cinco pessoas dividem uma moradia de um cômodo? Se esta moradia não tem esgotamento sanitário? Mas a casa é própria e escriturada?

Se há vagas em escola, mas esta escola não é bem avaliada pelos indicadores específicos? Se o governo paga um auxílio que não é suficiente para propiciar lazer à família (mas contempla necessidade de moradia e alimentação)?

Há que se perguntar: o mínimo existencial foi violado?

Por outro lado, pensemos o inverso: se o Estado garantir, sem nenhum tipo de contrapartida, casa própria, nova e ampla para cada família interessada. Serviço educacional de altíssimo nível, totalmente gratuito e acessível a todos. E pagamentos de auxílios em valores suficientes para lazer, vestuário, alimentação e outras necessidades de consumo?

Será que haveria estímulo para a população trabalhar? Buscar uma evolução social? Ou cairíamos na vala comum do descompromisso com o futuro e todos perderiam a perspectiva da necessidade do trabalho individual para a geração de riqueza para o país?

É o que preconiza o Princípio da Subsidiariedade, que reza que o Estado deve garantir o mínimo existencial, visto como um ponto de partida para vãos e conquistas maiores. É não só dar o peixe, mas ensinar a pescar favorecendo a autorresponsabilidade dos indivíduos em lutar pela sua existência digna. Neste sentido SARLET e FIGUEIREDO (2008, p.211)

O princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de um auxílio e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas. Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da auto-responsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.

Deste modo, entendemos que a perspectiva máxima<sup>6</sup> do mínimo existencial está limitada, em termos de sustentabilidade, pelas implicações que o reconhecimento deste mínimo existencial terá na visão de futuro da população. Pois o mínimo existencial tem que ser uma garantia, mas nunca uma aspiração.

---

<sup>6</sup> O mínimo existencial, em termos de sustentabilidade, em sua perspectiva máxima, também está limitado pela capacidade financeira do ente. Mas isto veremos quando tratarmos de reserva do possível.

Porém, em nosso sentir, também há uma perspectiva mínima para o assunto ora em tela.

Ora, o mínimo existencial, em termos de sustentabilidade também tem um substrato inferior, que não pode ser diminuído. Isto sob pena de quebra da ordem social e de falência da ordem jurídica, pois, como é cediço, os direitos fundamentais têm um núcleo essencial que não podem ser invadidos.

Ademais, o que ora se prega é exatamente o Estado ter condições de garantir condições de vida de qualidade, para a sua população, no presente e no futuro.

E o simples não cumprimento daquilo que racionalmente pode ser considerado mínimo existencial, revela quebra do Princípio da Sustentabilidade nos termos ora propostos neste artigo.

## **7 SUSTENTABILIDADE E RESERVA DO POSSÍVEL**

Outra questão sempre relevante em termos de controle de políticas públicas diz respeito à reserva do possível. E o que ela significa ?

Ora, a reserva do possível tem íntima relação com a idéia de Sustentabilidade no controle de políticas públicas. Exatamente porque o que a reserva do possível defende, é que o Estado somente pode ser obrigado a efetivar prestações até o limite de suas forças; ou seja, o Estado somente pode ser obrigado a um determinado dispêndio ou serviço, se a prestação destes não prejudicar a concretização de outros bens jurídicos de mesma hierarquia ou superior.

Ao que acrescentamos, fazendo coro à idéia de Sustentabilidade: sem prejuízo para a efetiva prestação e concretização destes mesmos bens jurídicos não só no presente, mas também a médio e longo prazos.

É exatamente o que preconiza a Lei de Responsabilidade Fiscal (editada por mandamento constitucional), já que naquele normativo, a Sustentabilidade (em sua face financeira), também chamada de equilíbrio fiscal, prega que, para validade de toda nova despesa de caráter continuado e que impacte os exercícios seguintes, tem que ser feita uma averiguação se a projeção de crescimento de receita suporta o crescimento da despesa.

Se não, têm que ser tomadas medidas compensatórias, seja em termos de diminuição de outras despesas; seja em termos de aumento de receitas; tudo para que haja o equilíbrio, ou, como estamos delineando: Sustentabilidade.

Desta forma, exsurge a aproximação entre reserva do possível e Sustentabilidade, exatamente porque a reserva do possível deve ser aferida de acordo com as possibilidades estatais, a partir de uma visão de Sustentabilidade.

Mas, frise-se, sob uma visão de Sustentabilidade crítica que leve em consideração as reais possibilidades atuais e futuras do ente público. Expliquemos melhor este item por relevante.

Ora, uma idéia comumente associada à reserva do possível, é a idéia de existência ou não de recursos orçamentários; partindo-se da premissa de que a simples inexistência de previsão orçamentária da despesa torna impossível a sua efetivação (e daí a impossibilidade de se fazer surgir a obrigação, mediante constrição judicial).

Este é um raciocínio, a nosso ver, em grande medida, equivocado.

Isto porque o mesmo revela uma leitura trocada do sistema jurídico, já que não são os mandamentos constitucionais que têm de ser lidos a partir do Orçamento, mas sim o Orçamento que tem que ser lido e escrito a partir da Constituição.

Desta forma, a falta de recursos orçamentários somente pode efetivamente oferecer substrato à reserva do possível, se este Orçamento utilizou a tábua de valores e prioridades prevista na Constituição para a alocação de recursos públicos.

Tomemos o exemplo do art.227 da Lei Magna Federal, que estabelece que as crianças e adolescentes gozam de absoluta prioridade em termos de proteção jurídica. Neste sentido, será que esta absoluta prioridade não deve revelar prioridade em alocação de recursos?

Se se afirma que constitui objetivo fundamental da república reduzir as desigualdades interregionais, será que isto não representa também uma vertente prioritária na alocação de recursos?

Se não há ênfase constitucional em termos de prestação de publicidade institucional (que não se confunde com a transparência dos atos administrativos – essencial ao controle e à República), pelo contrário, há severas restrições e condicionantes. Será idôneo direcionar recursos prioritários a esta área?

As respostas parecem-nos óbvias no sentido de que a Lei Orçamentária tem que espelhar o paradigma constitucional, exatamente porque o Orçamento nada mais é do que um instrumento (relevantíssimo, mas apenas um instrumento) de planejamento de gastos e de limite para sua efetivação.

O Orçamento é o substrato para o mecanismo de empenho, que por sua vez serve para garantir que não se gaste além do autorizado e notadamente além do disponível (por isso as amarras previstas na Lei 4320/1964 e na Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>7</sup>).

Ou seja, Orçamento é sobretudo procedimento, e um procedimento não pode ser superior aos ditames da norma ápice do ordenamento jurídico estatal – a Constituição.

Assim, como no Brasil, de regra, as Leis Orçamentárias não seguem uma distribuição de recursos sintonizada com os valores constitucionais (como visto acima, a distribuição dos recursos normalmente segue uma lógica de manutenção de posições estatais relevantes em termos de Poder), então, a mera inexistência de rubrica orçamentária não serve como escudo para a utilização da reserva do possível.

Será sim óbice se ficar provado que já foram feitas todas as adequações orçamentárias, e que tal dispêndio gerará prejuízo a outros bens jurídicos que gozam da mesma prioridade constitucional.

E aí, entraremos na seara das escolhas trágicas, que serão objeto de análise mais adiante.

Ainda em termos da reserva do possível, outro aspecto merece relevo, em termos de Sustentabilidade. É que a reserva do possível deve ser avaliada em termos da replicabilidade daquela política pública para atendimento a todos os possíveis beneficiários. Expliquemos melhor.

Com efeito, especialmente em sede de demandas judiciais, muitas vezes se tem acesso, via processo judicial, a bens jurídicos que não são objeto de política pública acessível a todos. Ou seja, o Poder Público não elegeu aquele determinado bem ou serviço como objeto de política pública; e alguém, sentindo-se devedor daquele bem ou prestação, leva o seu pleito ao Judiciário, que passa a analisar se ordena (ou não) ao Poder Público, a satisfação daquele pedido.

Ora, em o Judiciário negando o pedido, a situação permanece como antes. Nada a acrescentar.

Porém, se o Judiciário cede ao pedido. Algumas questões podem ocorrer.

A primeira e mais óbvia é a de que há uma quebra transversa do Princípio da Igualdade, já que o indivíduo que ingressou em juízo será beneficiado, e outros em situação semelhante, e que não tentaram a via judicial, não terão a mesma sorte.

---

<sup>7</sup> Lei Complementar Federal nº 101/2000

Salvo se, por evidente, também ingressarem em juízo; e se o precedente judiciário for firme, também obterão sucesso, formando uma jurisprudência e um caminho para obtenção daquela determinada prestação ou bem jurídico.

Foi o que aconteceu, conforme assevera PIOVESAN (2008) com a política pública relativa ao fornecimento do coquetel antiviral aos pacientes com AIDS: pedidos judiciais reiteradamente concedidos fizeram com que a Administração passasse a fornecer aqueles remédios gratuitamente, e a todos que deles necessitavam.

Neste sentido, a reserva do possível deve aferir não exclusivamente se é possível ao Poder Público fornecer aquela determinada prestação ou bem pleiteado.

Para embasar um procedimento sustentável, a aferição da reserva do possível tem que se referir a todos os possíveis beneficiários da política pública questionada ou omissa.

Realce-se que, se este raciocínio não for efetivado, estaremos elegendo uma espécie de loteria; uma política que consiste em beneficiar quem chegou primeiro. Seria o Judiciário escolher quem serão os aquinhoados, o que não nos parece ser um caminho sustentável.

Por isso o alerta de BARCELLOS (2008) para que haja um incentivo às ações coletivas, pois estas não visam ao conforto ou ao benefício de um só ou de um pequeno grupo de beneficiários. Verificando-se a situação como um todo (macrojustiça) pode-se fazer uma aferição mais sustentável da reserva do possível (e mais condizente com o Princípio da Igualdade).

Isto é especialmente relevante quando se tratam de prestações que são concedidas paulatinamente aos interessados por meio de filas. Filas para cirurgias, para doação de órgãos, entre outros. Neste caso, o pedido individualizado tem que ser visto com o maior cuidado, pois furar uma fila como esta, pode significar colocar para trás, alguém em maior dificuldade ou necessidade.

## **8 ESCOLHAS TRÁGICAS E SUSTENTABILIDADE**

E o que fazer no caso limite em que as alocações orçamentárias todas contemplam um plano de acordo com as prioridades constitucionais? E neste caso, a assunção de uma obrigação de uma nova política pública pode por em risco outros programas governamentais que, muitas vezes, têm maior relevância e/ou capilaridade.

Veja-se o caso, por exemplo, de haver uma quantidade limitada de recursos para compra de remédios (assumindo-se que não há gastos desnecessários em outras searas de governo) e um determinado paciente pleiteia o fornecimento de um medicamento, o único que

pode trazer esperança para o tratamento de sua enfermidade, sendo que tal remédio tem o custo de R\$ 10.000,00 mensais. Valor que daria para ampliar a distribuição de medicamentos mais simples, mas igualmente importantes, como a insulina para diabéticos, ou remédios para pressão alta para outras cem pessoas.

O que vale mais? A vida de uma ou a de cem pessoas? E se o remédio custa R\$ 200.000,00 mensais? E se o Estado não pode arcar com este custo? Vai-se decretar a sentença de morte deste paciente?

Estas são as chamadas escolhas trágicas, que geram muita dificuldade para estipulação de uma solução jurídica adequada. Exatamente porque todos os indivíduos detêm igual dignidade; e todas as vidas têm o mesmo valor: um valor infinito que faz com que uma vida valha o mesmo que cem vidas, na medida em que esta é uma comparação que não pode ser feita.

Mas então, o que fazer? Qual seria a saída sustentável?

Com efeito, em nossa visão, a saída sustentável é aquela que, além de respeitar a capacidade financeira do ente público, representa também a busca do consenso, do diálogo democrático. Do diálogo dos Poderes com a Sociedade e dos Poderes entre si; tudo para que deste diálogo, em um agir comunicativo forte, possam ser traçadas definições em termos de políticas públicas que possam responder e atender às perplexidades mencionadas.

Neste sentido é relevante que a política pública a ser construída seja consistente e aderente aos valores maiores da Sociedade, que uma vez a tendo discutido previamente, possa vislumbrá-la com democracia e legitimidade, em relação à opção política efetivada.

É o que apregoou o Ministro Gilmar Mendes, em aresto no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010, p.5):

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Porém, para que as escolhas alocativas revelem um real critério de macrojustiça, é imprescindível que, primeiro, haja abundante informação sobre as opções postas em debate,

para que a população possa se posicionar, sem ruídos, e (tender a) formar um consenso sobre as escolhas a serem efetivadas.

Por isso, a importância da Transparência, tanto no que concerne à realidade dos recursos efetivamente disponíveis, como quanto à elaboração de análises técnicas idôneas sobre a profundidade e realidade dos problemas a serem atacados.

E, segundo, que haja concretos e eficazes espaços de discussão democrática, de intensos debates sociais, notadamente por meio de audiências públicas.

Tudo para que, em sede de escolhas tão relevantes, a integração social não se dê apenas pela faticidade do comando jurídico, mas pelo reconhecimento da validade (verdade, sinceridade, e correção normativa) da solução jurídica adotada (HABERMAS, 1997).

E principalmente para que os poderes democraticamente constituídos, dentro os quais se inclui, por óbvio, o Poder Judiciário, possam não resolver sobre, mas sim espelhar o sentimento da sociedade em relação a estas questões (e opções políticas) tão delicadas.

Lembrando sempre que a busca da legitimidade pela ordem jurídica tem que ser uma constante, pois, como vimos anteriormente, a legitimidade é fator relevantíssimo para a Sustentabilidade e continuidade de uma ordem jurídico-social.

## **9 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, conclui-se que a Sustentabilidade é um Princípio Constitucional Sistêmico, que vai muito além da questão ambiental, e que deve informar toda a aplicação do direito, notadamente, no caso deste artigo, a formulação, gestão e operação de políticas públicas.

Deste modo, a Sustentabilidade, neste artigo defendida como a garantia da concretização dos direitos fundamentais, não apenas no presente, mas principalmente, a evolução e efetivação dos direitos fundamentais também a médio e longo prazos; serve como critério racional e natural para o controle de políticas públicas.

No que concerne ao controle de políticas públicas, restou assentado que este é necessário para a eventual correção de rumos e manutenção da própria democracia; e que o critério da Sustentabilidade é relevante para nortear a especificação de conceitos jurídicos indeterminados, como a reserva do possível, e o mínimo existencial.

Quanto ao mínimo existencial, demonstrou-se que a Sustentabilidade restringe este conceito em duas perspectivas; em uma perspectiva superior, na medida em que a garantia deste mínimo não pode inibir a atividade produtiva do país; e na perspectiva inferior, na

medida em que o fornecimento de prestações sociais não pode ser tão singelo a ponto de não garantir o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Quanto à reserva do possível, viu-se que, em termos financeiros, esta deve aferida sustentavelmente na medida das previsões presentes e futuras de receitas e despesas, conforme preconiza a Lei de Responsabilidade Fiscal. Também que a reserva do possível não pode ser confundida com a simples previsão orçamentária, já que os valores constitucionais transcendem à importância instrumental do Orçamento. E ainda que, a intervenção judicial em determinada política pública deve ser aferida sob o critério da reserva do possível, não apenas verificando o impacto do caso isolado; mas sim a repercussão de todas as possíveis concessões de direitos em casos semelhantes.

Por fim, assinalou-se que, em sede de Sustentabilidade, pode-se chegar à conclusão de que a concessão de determinado direito, apesar de relevante e harmônico com os valores constitucionais, pode estar além da capacidade de pagamento do Estado. Ou que este pagamento afetará a concessão de outros direitos igualmente relevantes. Ou seja, esta é a seara das escolhas trágicas, questões de alta indagação, para as quais não há uma resposta pronta, certa e determinada. Há sim respostas possíveis e legítimas, que devem ser objeto de intensa informação, debate e deliberação democrática. Tudo para que o critério utilizado como resposta advinha de um consenso social, e dê um norte de previsibilidade, legitimidade e sustentabilidade a estas complexas (e dolorosas) escolhas de vida.

## 9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade Global do Risco**. 1997. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>> Acesso em: em 01 de dezembro de 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª edição, Brasília: Editora UnB, 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.175. Agravo Regimental. Clarice de Abreu de Castro Neves e União. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 17 de março de 2010. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Coordenação: Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Atualidade da Teoria do Agir Comunicativo**. In: SILVA, Luciana Aboim Machado da (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

COELHO NETO, Ubirajara. **Constitucionalização Previdenciárias Brasileira**. In: COELHO NETO, Ubirajara (Organizador e Co-autor). *Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao Profº. Osório de Araújo Ramos Filho*. Aracaju: Edição do Autor, 2012.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves. Aplicabilidade do Princípio Constitucional da Dignidade Humana como Direito Fundamental nas Relações Sociais e na Cobertura do Sistema de Seguridade Social. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/viewFile/719/590>>. Acesso em 01 de dezembro de 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

HARDIN, Garret. **Tragedy of the Commons**. 2008. Disponível em: <[http://www.garrethardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garrethardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html)>. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Direito ao Desenvolvimento e o Município na CF/88**. Revista Diké - Mestrado em Direito, volume um, p. 101-120, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONICA, Eder Fernandes. **A Fundamentação do Direito de Acesso à Justiça Segundo a Teoria Habermasiana da Gênese Lógica dos Direitos**. 2013. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoriadodireitoederfmonica.pdf> >. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Spirit of laws**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000219.pdf>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a n o 11 , n. 45, jul./ set. 2011. Disponível em : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 30 maio 2012.

NARDES, Augusto. **Gestão Pública é o grande gargalo do desenvolvimento**. 2013. Disponível em: < <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,gestao-publica-e-o-grande-gargalo-do-desenvolvimento-diz-presidente-do-tcu,165771,0.htm>> Acesso em: em 01 de dezembro de 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectiva**. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, Ano 1, n.1, p. 171-178, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, Ano 1, n.1, p. 179-234, 2008.

SILVA, Luciana Aboim Machado da. **Mediação Interdisciplinar de Conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In: SILVA, Luciana Aboim Machado da (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. **Social and Economic Rights ? Lessons from South Africa**. 2001. Disponível em: < [http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS\\_.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS_.pdf) >. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. 2008. Disponível em: < [http://books.google.com.br/books/about/Nudge.html?id=dSJQn8egXvUC&redir\\_esc=y](http://books.google.com.br/books/about/Nudge.html?id=dSJQn8egXvUC&redir_esc=y)>. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

TORRES. Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990, p. 69. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-8620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2013.

ZAINAGHI, Domingos Sávio; SILVA, Lucas Gonçalves da; SILVA, Luciana Aboim Machado da (Orgs.). **Temas de Direito do Trabalho e Seguridade Social: homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 2013.