

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION AND THE ENFORCEMENT OF THE EFFICIENCY PRINCIPLE

JOSÉ SÁVIO DOS REIS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

js_savio@yahoo.com.br

RESUMO: O expressivo volume de lides envolvendo pretensões resistidas por parte de repartições públicas evidencia o preocupante grau de inadequação estrutural da Administração Pública ante a evolução da ciência jurídica que vem delineando-se com a constitucionalização do Direito. A crescente necessidade de se atribuir concretude aos valores acolhidos pela Constituição, os quais compõem o espírito de um sistema cuja finalidade é a corporificação do princípio da dignidade humana nas ações do Estado e da sociedade, exige do operador jurídico uma análise mais criteriosa acerca das questões submetidas à sua apreciação, em contraposição à simples subsunção do fato à lei. Propõe-se uma avaliação da missão dos Poderes constituídos com relação à garantia de efetivação do princípio da eficiência, como corolário da necessidade de implementação de políticas públicas destinadas a possibilitar ao cidadão administrado a fruição dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; legalidade *versus* juridicidade; princípio da eficiência; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The significant volume of lawsuits involving claims that are resisted by governmental agencies demonstrates the alarming degree of structural inadequacy of the government in regard to the evolution of the legal science that is emerging with the constitutionalization of the law in Brazil. The growing need to confer concreteness to the values upheld by the Constitution, within a system whose purpose is to embody the principle of human dignity in the actions of state and society, requires thorough legal analysis instead of the simple subsumption of the facts to the law. It is one proposed an evaluation of the mission of the constituted powers in relation to the principle of efficiency, as a corollary of the need to implement public policies to enable the citizens to enjoy their fundamental rights.

KEY WORDS: Rule of law; legality *versus* juridicism; principle of efficiency; fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o poder estatal. 2.1. Origem e fins do Estado brasileiro. 2.2. Sistema político-normativo. 2.3. Aporte instrumental e vontade do Estado. 3. Administração Pública na Constituição Federal. 3.1. Raízes do Direito Administrativo e objeto da Administração. 3.2. Princípio da eficiência – garantia de concretização da vontade do Estado. 3.3. Interesse público e interesse privado. 4. Missão institucional do Ministério Público. 5. Missão do Poder Judiciário. 5.1. Missão política da jurisdição. 5.2. A jurisdição do novo Direito Constitucional. 5.3. O controle judicial das políticas públicas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito administrativo brasileiro apresentou claros sinais de evolução após o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988.

Contudo, a reivindicação em larga escala dos direitos fundamentais, em lides individuais, tanto na seara administrativa quanto no meio forense, sinaliza que a administração pública não se encontra adequadamente estruturada ante a realidade jurídica instituída pelo novo Direito Constitucional.

Por outro lado, o apego a conceitos enraizados, em etapas já superadas da evolução jurídica, acerca do princípio da separação de poderes como fundamento para o não enfrentamento das questões relativas às denominadas políticas públicas, além de contribuir para o emperramento da “máquina” judiciária, constitui-se em verdadeira recusa ao atendimento da vontade do Estado, manifestada na Constituição, uma vez que a nenhum dos Poderes constituídos é facultada a disponibilidade do exercício de sua função, sob pena de se ferir de morte o interesse público.

A crescente complexidade das relações jurídicas exige atuação concreta das instituições públicas para a garantia da concretização dos direitos fundamentais e, de maneira geral, dos princípios constitucionais. Como forma de potencializar essa garantia, revela-se de grande utilidade a lide coletiva, em razão de sua propensão para a extirpação das enfermidades políticas que acometem os órgãos públicos e pelo seu potencial poder de prevenção contra os desvios de finalidade.

O presente artigo visa avaliar em que consiste a missão dos poderes constituídos, com relação à garantia de implementação das chamadas políticas públicas a cargo da Administração, em se tratando da efetivação do princípio da eficiência, por meio de uma análise concisa a respeito das características atuais do ordenamento jurídico, que o conduzem à sua função instrumental, passando pela natureza da estrutura estatal, pelas funções e vontade do Estado, pela natureza e objeto da Administração Pública no novo direito constitucionalizado e, por fim, pela missão constitucional do Ministério Público e do Poder Judiciário ante as aspirações da sociedade.

2. Considerações sobre o poder estatal

2.1. Origem e fins do Estado brasileiro

Sendo a Constituição o ato instituidor do Estado, esta empreende uma ação estruturante, de forma a lhe conferir existência; ela indica o que deve ser concretizado para satisfação de seus preceitos e estabelece o sistema destinado ao exercício do poder pela comunidade que representa, segundo a natureza que atribui ao ente por ela instituído.

Da simples leitura do texto constitucional brasileiro de 1988 é possível inferir o caráter social do Estado, instituído em nosso meio a partir de então e, por essa razão, adquire maior relevância a responsabilidade da atuação dos órgãos estatais, em relação às demandas da sociedade pelos serviços de assistência e integração social (MEDAUAR, 2004, p. 28).

Nas últimas décadas do século XX, ganhou corpo a discussão acerca de uma potencial crise do Estado do bem-estar ou Estado Social, principalmente, devido ao crescimento das necessidades públicas e redução de receitas, surgindo propostas como a redução, de modo não regressivo, das demandas ao Estado, pela transferência a entidades não públicas (MEDAUAR, 2003, p. 92). A autora faz referência a fatores impactantes da atividade estatal que surgiram no cenário atual, entre os quais se destacam, pela sua potencialidade de alcance, a globalização, que se caracteriza pela internacionalização acelerada dos mercados, dos capitais, da produção, das relações econômicas e do consumo, independentemente dos limites territoriais; e a desestatização, marcada pela redução do Estado em determinadas atividades consideradas como não essenciais.

Ainda que assim seja, evolução, no sentido apontado, não pode resultar em redução da responsabilidade do Estado com relação aos direitos e garantias fundamentais já incorporados ao acervo jurídico da sociedade, ante o princípio da proibição do retrocesso social, segundo o qual, na lição do célebre Canotilho (2010, p. 338), “os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um grau

de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.

A subsistência do Poder estatal somente se legitima para o cumprimento da sua função social, a qual se materializa na realização das necessidades públicas. As ações políticas a serem empreendidas com tal propósito, todavia, não devem estimular o comodismo mórbido e a improdutividade; devem, na verdade, consubstanciar-se em políticas públicas destinadas a prover as utilidades básicas e imprescindíveis para o bem-estar da população, como segurança pública, serviços de saúde, educação, estímulo à produção, proteção ambiental etc.

Por isso mesmo, Jorge Neto (2008), após uma análise cautelosa, identifica as questões políticas com a implementação de políticas públicas por formas diversas, entre as quais especifica a edição de instrumentos normativos e a disponibilização de serviços públicos.

2.2. Sistema político-normativo

A propósito do tema em exame, Bonavides (2005, p. 115) adverte que a moderna concepção sistêmica origina-se do campo da biologia, da psicologia “gestáltica” e da antropologia social, porém é necessário evitar-se qualquer digressão relativa às teorias desenvolvidas nessas áreas para não perdermos o rumo da análise aqui proposta.

O importante, como ponto de partida do presente estudo, é identificar no conceito de sistema a *finalidade* objetivada pelo conjunto de instituições políticas ou sociais, ou dos institutos jurídicos, à semelhança do que ocorre com o conjunto de órgãos e sistemas dos seres vivos que, compostos de tecidos da mesma natureza, desempenham funções similares para um fim comum. Aqui, fica evidente a situação de interdependência dos órgãos ou mesmo dos sistemas de que se compõe determinado ente, pois, se há uma morbididade que impede qualquer daqueles de exercer sua função, ela é sentida também por este, além de refletir diretamente em seu desempenho para qualquer fim que se proponha.

Tal fato é o que sucede com as sociedades constitucionalizadas em estados de direito, como é o caso brasileiro, em que o exercício do poder é tripartido, sendo cada função exercida por órgãos especializados, mas com objetivo comum fixado na norma-chave do ordenamento que é a Constituição.

A par dessas considerações, é imperativo repisar que o nosso sistema político-normativo atual está remodelado pela constitucionalização do Direito, o que de imediato nos permite afirmar que a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais estão condicionados pelo substrato material e axiológico da Constituição, no qual está contida a indicação das finalidades a que se destina toda atividade estatal.

Por essa mesma razão, não pode ser admitida a possibilidade de suprimir-se, a qualquer dos órgãos do Estado, o cumprimento de sua missão constitucional, sob pena de se por em risco o próprio sistema que materializa o ente estatal.

2.3. Aporte instrumental e vontade do Estado

A estrutura orgânica que corporifica o Estado de Direito não constitui um fim em si mesmo, mas materializa um sistema com natureza instrumental, destinado à satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos, é o que se depreende da interpretação sistemática e da própria hierarquia evidenciada pela ordem de valores estabelecida pela Constituição.

A locução *Estado de Direito* não significa a mera existência de um conjunto de normas aleatórias, mas, conforme pondera Odete Medauar (2004, p. 28),

[...] liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 fixou os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tendo por meta a consolidação da democracia, de forma a salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Deve-se observar também que o termo *democracia*, na atualidade, envolve, além da ideia de “governo do povo para o povo”, a possibilidade de participação popular no processo de tomada de decisões políticas, diretamente ou por intermédio dos poderes constituídos, realidade que já se encontra incorporada ao nosso ordenamento jurídico.

3. Administração pública na Constituição Federal

3.1. Raízes do Direito Administrativo e objeto da Administração

De acordo com a doutrina publicista, o surgimento do Direito Administrativo vincula-se ao Estado de Direito, cujo conceito vinha se desenvolvendo estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, a partir dos movimentos revolucionários que acabaram com o regime absolutista. (MEDAUAR, 2003).

A origem do princípio da separação de poderes é frequentemente explicada como reação à concentração de poderes na pessoa do monarca, como “freio ao poder”, não sendo tal princípio, naquele momento, concebido como distinção de funções.

Na atualidade, predomina o entendimento que conduz à harmonia entre os poderes; além do mais, a cada um dos órgãos do poder estatal é atribuída uma função preponderante – função típica, mas não privativa, pois todos eles exercem, em certa medida, atividades atípicas que caberiam a outra esfera do Poder. A aplicação adequada do princípio, diante da crescente complexidade da realidade político-institucional e social do momento presente, admite (em alguns casos exige) certas interferências necessárias ao estabelecimento de um sistema destinado a coibir abusos (freios e contrapesos). Afinal, a lógica da tradicional separação de poderes não pode ser invocada para justificar o arbítrio do administrador.

Com a ampliação das funções do Estado, a Administração se transformou em agente essencial para a vida dos cidadãos, com a missão de prover os meios necessários para a realização do bem comum. Essa importância está evidenciada na larga regulamentação dispensada pelas constituições, particularmente a brasileira, que reservou um capítulo inteiro destinado a modelar a atividade administrativa. Nesta, a matéria é pautada pelo regramento introdutório acerca da obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse ponto, é imprescindível atentar-se para a constitucionalização também do direito administrativo, ocasionada pela incidência no seu domínio dos princípios constitucionais, tanto os específicos quanto (e principalmente) os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico.

No que concerne ao princípio da legalidade, o entendimento mais atualizado é de que se encontra superada a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei – regra jurídica. No ambiente criado pela percepção da noção de “direito por princípios”, que sucedeu ao insuficiente conceito do Direito “por regras”, a Administração Pública é regida pelo “princípio da juridicidade”, em que o administrador tem a faculdade, em muitos casos até mesmo o dever, de agir tendo por fundamento direto a Constituição, independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Conforme observa Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 30),

[...] a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

Para Medauar (2004, p. 146), os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se enredados numa inter-relação tal, que dificulta o estudo individualizado. Com efeito, o princípio da impessoalidade diz respeito à prática do ato de forma objetiva, sem levar em conta o próprio interesse ou de terceiros, o que não deixa de expressar contornos da feição da moralidade

(conceituados sob a ótica administrativista); por sua vez, a publicidade constitui-se, a um só tempo, como um meio de controle e ato obrigatório para a demonstração da observância dos anteriores.

Deve-se ressaltar que, para se evitar o desgaste das instituições e o uso de dinheiro público para a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o que por si só já configura conduta imoral, a publicidade deve ter caráter informativo, educativo ou de orientação social, sendo vedada a referência a nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção citada. Mas não se pode admitir a invocação a esta regra para justificar o não cumprimento do dever de transparência, o qual visa proteger tanto os interesses individuais quanto defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos.

A conduta ética, movida pela boa-fé, é o paradigma objetivado pelo princípio da moralidade, da qual decorre necessariamente o dever de probidade administrativa. Em que pese a desnecessidade de se positivar tal dever, a Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, qualifica como improbidade administrativa, além dos atos que importam enriquecimento ilícito e acarretam prejuízo ao erário, também *os que atentam contra os princípios da administração pública*, conceituando-os como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

3.2. Princípio da eficiência – garantia de concretização da vontade do Estado

As reformas administrativas que se verificaram em inúmeros países a partir da década de 90 surgiram como alternativa para o enfrentamento da crescente escassez de recursos financeiros, em ajuste às modernas regras de economia de mercado e principalmente para superar a crise do Estado burocrático.

O vocábulo eficiência suscita a ideia de ação eficaz para a produção de resultados concretos com qualidade intrínseca e em tempo hábil

para a satisfação do público cliente. Processo (meios) eficiente conduz à eficácia do resultado (fins).

Nesse mesmo sentido, Odete Medauar (2003, p. 242) assim leciona: “Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência e a omissão. Como princípio da Administração Pública, determina que esta deve agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população”.

Considerando que nas democracias existem liberdades mais amplas para todos, a fim de se evitarem os desvios e a letargia em detrimento da satisfação do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração deve estruturar um sistema efetivo de controle interno da rotina, que garanta às instituições o alcance dos seus respectivos fins.

Controle interno, sob a ótica da doutrina tradicional, é aquele realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e entidades indiretas, por ser ele uma função inerente à atividade administrativa decorrente da hierarquia.

Contudo, a ciência da administração desenvolve um conceito técnico de controle, de cunho mais objetivo, que se refere à garantia de que determinado órgão ou instituição desempenhe sua função com eficiência e eficácia, levando em conta estudos prévios da organização, dos projetos, da padronização de atividades e dos documentos de controle de conhecimento e uso geral, dos treinamentos, da conscientização, das atualizações constantes etc. Enfim, controlar as atividades de uma instituição é garantir que ela realize seus fins, disponibilizando, durante o processo de controle, ferramentas adequadas para coibir desvios de qualquer natureza, inclusive o *desvio de poder ou de finalidade*.

As diretrizes para Normas de Controles Internos para o Setor Público da Organização Internacional de Entidades de Fiscalização Superiores (INTOSAI) definem controle interno como um processo fundamental efetuado por todos em uma organização, projetado para identificar riscos e fornecer garantia razoável de que, ao se

buscar cumprir a missão da entidade, os seguintes objetivos gerais sejam atingidos: executar operações de forma organizada, ética, econômica, eficiente e eficaz; estar em conformidade com as leis e os regulamentos aplicáveis e salvaguardar recursos contra perda, abuso e dano.

Explica-se que a garantia de alcance dos objetivos é razoável porque os controles dependem de uma vantajosa relação de custo e benefício (todo controle tem um custo que deve ser inferior à perda decorrente da consumação do risco controlado) e da inexistência de conluio entre os envolvidos; é necessário ainda que os eventos externos estejam além do controle de qualquer organização (INTOSAI).

Portanto, em que pese o fato de ser tratado no âmbito de princípio jurídico, conforme se pode constatar, o tema é dotado de conteúdo objetivo e vincula a Administração como uma força motriz dos demais princípios que regem a gestão da coisa pública. Tal fato, se dá desse modo, porque a maior parte destes tem natureza instrumental, enquanto o princípio da eficiência tem natureza finalística; além disso, ao Estado, não basta o desenvolvimento aleatório de atividades que apenas formalmente direcionem (apontem para) o interesse público.

Por fim, é importante notar que os direitos e garantias fundamentais decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição, não estando, assim, enclausurados no Título, que trata especificamente do assunto. Daí resulta que ao dever de observância ao princípio da eficiência pela Administração corresponde o direito fundamental da coletividade à implementação de políticas públicas que resultem em serviços públicos de qualidade e com resultados eficazes.

3.3. Interesse público e interesse privado

A expressão 'interesse público' começou a ser utilizada após a Revolução Francesa, como argumento para se conquistar adesão e fundamentar o poder do Estado, na acepção de interesse geral.

A doutrina pátria menciona dificuldades de ordem terminológica quanto ao uso de expressões semelhantes, como interesse coletivo, às vezes mencionado como sinônimo de interesse público, tendo, porém, menor amplitude quando tecnicamente considerado; também o sentido de interesses difusos tem contornos próprios, como interesses comuns a uma coletividade, decorrentes de fatores conjunturais e mutáveis.

O problema atinge níveis de relativa gravidade quando ao interesse público se atribui o sentido de interesse da Administração ou do Estado, em acepção diversa de interesse social, aqui entendido como proveniente da sociedade. Ocorre que, nessa concepção, visto ser o interesse social considerado mais abrangente que o interesse público, admite-se um distanciamento da atuação estatal em relação à aspiração da sociedade. Para se evitar uma situação de inconstitucionalidade, decorrente dessa interpretação, a doutrina propõe a distinção entre interesse público primário, que se consubstancia no interesse da sociedade, e secundário, que se refere ao interesse da pessoa jurídica de direito público; este jamais desfrutará de uma supremacia prioritária e abstrata em relação ao interesse particular.

De qualquer forma, à distinção rígida entre interesse público e interesse individual segue atualmente a noção de fluidez constante dos dois institutos, os quais mantêm uma inter-relação intensa que impõe a necessidade de harmonização entre eles. Tendo-se em vista a tarefa de decidir, no caso concreto, qual dos dois interesses deve prevalecer em face da situação do momento, o entendimento mais atualizado é de que a Administração tem a função de ponderação dos interesses em confronto. Hoje o princípio é o de que não haja sacrifício, *a priori*, de nenhum interesse, tendo por objetivo a busca do estatuto da compatibilidade, pois o chamado resultado político útil da função (MEDAUAR, 2003, p. 188) é atingido se estiver presente a noção de que determinada política pública ou ação é do interesse público e, ao mesmo tempo, do interesse do indivíduo, embora este possa se encontrar em uma situação momentânea que não lhe permita esta compreensão.

Por outro lado, dada a multiplicidade crescente de relações entre a Administração e particulares, bem como o surgimento de organizações da sociedade civil, que constantemente interferem na tomada de decisões, menciona-se a indeterminação e a dificuldade de definição do interesse público e sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que vem a gerar crise na sua pretensa objetividade.

Para a solução desse impasse, propõe-se o compartilhamento da tomada de decisões pela Administração com a sociedade, ante a detenção do monopólio do interesse público por aquela.

4. Missão institucional do Ministério Público

A preponderância das iniciativas judiciais para a defesa dos interesses metaindividuais, mormente os referentes às políticas públicas, coube ao Ministério Público, em decorrência de uma série de fatores que conferem à instituição uma posição estratégica dentro do sistema. Em primeiro lugar, a atual Constituição Federal lhe confere um capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, de forma que restou consagrada sua total autonomia e independência funcional. Também foram ampliadas genericamente suas funções, de modo que, atualmente, sua missão é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, ainda, mais especificamente, a promoção das medidas necessárias, no âmbito administrativo ou judicial, para garantir o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, ou seja, sua atuação há de tutelar os direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

O princípio da independência ou a autonomia funcional conferem ao órgão do Ministério Público a liberdade de consciência no exercício da função, não estando sujeitos a ordens ou recomendações de caráter normativo, salvo a vinculação ao ordenamento jurídico.

Importante notar que o ordenamento jurídico confere à entidade o poder de agir, mesmo diante de omissão legal, tendo por meta

sempre o cumprimento de sua missão constitucional, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 793):

[...] a existência de cláusulas de extensão, tanto na Constituição Federal (art. 129, III e IX) como na Lei 7.347/85 (art. 1º, IV), e na lei orgânica nacional do MP (75/93, art. 6º, VII, d), estendendo a atuação ministerial para outras funções compatíveis, concernentes a outros interesses metaindividuais ligados a valores e segmentos sociais porventura ainda não tipificados ou normatizados, mas (por isso mesmo) carecedores de proteção.

A atuação ministerial, fundada em tais cláusulas de extensão, adquire relevância em potencial, no que concerne à atuação junto aos órgãos e entidades da Administração Pública, ou mesmo via judicial, visando à implementação de políticas públicas destinadas a efetivar o princípio constitucional da eficiência, como, por exemplo, a adoção de medidas concretas para garantir o controle interno da rotina das repartições públicas e, conseqüentemente, a qualidade dos serviços.

Observe-se que o predomínio do Ministério Público para o manejo da Ação Civil Pública se deve ao fato de que os entes políticos – União, Estados e Municípios, visto que igualmente legitimados (art. 129, § 1º; art. 5º, da Lei nº 7.347/85), comumente não se têm mostrado propensos a exercitá-la, tampouco a integrar o polo ativo quando intimados, provavelmente porque em geral estão representados justamente por agentes públicos, cuja conduta, comissiva ou omissiva, identifica-se com a condição de responsáveis pela lesão ou ameaça aos interesses transindividuais objetos da demanda.

Sendo a Lei da Ação Civil Pública de natureza processual, sua utilização pode ter por objeto qualquer medida relacionada com os interesses, que podem, por meio dela, ser defendidos, até mesmo para responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa, inclusive aqueles que configurem atentado aos princípios da Administração.

5. Missão do Poder Judiciário

5.1. Missão política da jurisdição

A posição majoritária da doutrina pátria conceitua jurisdição como a atuação estatal destinada a aplicar o direito ao caso concreto para a solução de crises jurídicas, objetivando a pacificação social.

Dependendo do ângulo de análise, a jurisdição é entendida como: *Poder* estatal, visto que provém da soberania do Estado, o qual assumiu o monopólio de dirimir os conflitos; *função*, pois constitui um encargo ou uma obrigação do Estado de prestar a tutela jurisdicional quando provocado e, finalmente, como; *atividade*, pois a atuação jurisdicional se dá através de uma sequência de atos processuais do representante estatal, o qual se personifica na figura do magistrado.

Sob quaisquer dos aspectos conceituais percebe-se que, por ser a técnica de atuação dos órgãos judiciais necessariamente jurídica, é inegável a natureza política da função jurisdicional, pois, como poder-dever estatal que tem fundamento direto na Constituição, materializa-se na forma de atividade exercida em prol das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Além do mais, o direito de ação é um estímulo à participação democrática do cidadão jurisdicionado na gestão da coisa pública através do processo.

Por isso não há que se falar em falta de legitimidade democrática ao Poder Judiciário, em que pese o fato de seus membros não serem investidos por critérios eletivos, tampouco por processo majoritário, pois, como observa Luís Roberto Barroso:

[...] é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é

exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. O Poder Judiciário, pelos referidos motivos, detém legitimidade democrática indireta ou mediata, porquanto a forma de investidura dos juízes decorre do sistema normativo constitucionalizado, que é a legítima expressão da vontade popular. (BARROSO, 2006).

5.2. A jurisdição do novo Direito Constitucional

Em decorrência das transformações ocorridas com a constitucionalização dos diversos ramos do Direito, as categorias tradicionais de interpretação jurídica, sozinhas, não são mais suficientes para a resolução de vários problemas ligados à realização da vontade do Estado. A nova interpretação constitucional vem agregar novos métodos que exigem do operador jurídico uma análise qualitativa em grau muito mais elevado que a simples função técnica de subsunção do fato à regra positivada.

Entre as teorias surgidas nesse cenário de mudanças e descobertas, ganha realce a tese da concretização, formulada por Konrad Hesse, que é específica para interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais,¹ cuja natureza aberta e indeterminada requer sempre a realização de uma operação valorativa para se determinar o sentido real da norma (em grande parte vazada sob a forma de princípio) ou o alcance multidimensional de um direito fundamental, o que somente é possível ao nível dos fatos do problema concreto a ser resolvido.

À vista dos fatos levados a julgamento, o operador jurídico assume a tarefa de complementação do trabalho legislativo, através da análise do problema, à luz de uma das espécies com as quais opera a nova interpretação, entre elas os princípios, os conceitos jurídicos indeterminados, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

O período atual do constitucionalismo é marcado pelo reconhecimento do cunho normativo dos princípios e de sua superioridade qualitativa em relação às regras. Tendo os princípios

¹ Sobre o assunto: Capítulo 17 – A Interpretação dos Direitos Fundamentais, parte da obra referenciada de Paulo Bonavides.

a natureza de normas que estipulam a preservação de determinados valores ou que indicam fins públicos a serem realizados, percebe-se que, pelo seu mais alto grau de abstração, a sua concretização exige um exercício interpretativo mais abrangente e profundo para a definição de seu sentido e alcance material em cada caso.

Assim também ocorre em relação às denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados que, por conterem termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Pela aplicação do princípio instrumental da razoabilidade, a colisão em abstrato de normas de igual hierarquia é resolvida pela ponderação dos bens ou valores em conflito, tendo primazia, nesses casos, a técnica das concessões recíprocas, em que se busca a preservação ao máximo de cada um dos interesses, tendo-se em vista sempre a realização mais adequada da vontade constitucional.

Na técnica da argumentação, o dever de fundamentação é potencializado, por envolver o julgamento de casos que comportam mais de uma solução possível e razoável, situação em que a referência do julgamento deve ser sempre o sistema jurídico, o fundamento deve ser tal que possa ser aplicado a casos semelhantes, bem como a decisão deve levar em consideração a sua consequência prática.

Enfim, a difusão da jurisdição constitucional decorre do reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico, o que ocasionou a necessidade de elaboração de novos métodos hermenêuticos, que levam em conta a noção de juridicidade.

5.3. O controle judicial das políticas públicas

A discussão acerca da sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido, até recentemente, concentrada em torno da tensão que persiste entre o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional de um lado e do princípio da separação de Poderes de outro.

De início, é preciso reconhecer-se à evidência de que a exegese, de todo e qualquer preceito constitucional, deve resultar sempre em um sentido que lhe confira a mais ampla abrangência possível e que o princípio da inafastabilidade, combinado com o direito à tutela jurisdicional efetiva, seja uma opção política adotada pelo constituinte originário com a clara intenção de por fim à equivocada ideia de hegemonia de qualquer das esferas do Poder. Não fosse assim, estaria o Estado imunodeficiente ante as mazelas que interferem no cumprimento da missão relacionada com a sua função social.

Por sua vez, a tripartição e a organização dos poderes, herança do Estado liberal, perpetuou-se na tradição do Estado de Direito como a emblemática garantia das liberdades clássicas, chegando aos dias atuais com uma feição distorcida pela desconfiança de uma suposta ingerência funcional indevida do Judiciário na esfera de competência do Executivo.

Na tentativa de equacionar a crise institucional entre os dois poderes, surgiram as teorias da discricionariedade, envolvendo a incognoscibilidade pelo Judiciário do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade). Atualmente, sabe-se que o mérito cinge-se aos elementos *motivo* e *objeto*, não existindo, portanto, margem de discricionariedade a ser exercida por quem quer que seja, em relação aos aspectos referentes competência, forma e finalidade do ato a ser praticado.

Independentemente, entretanto, de tais considerações, o nosso atual sistema normativo já superou a fase da noção rígida de separação entre os Poderes, conforme restou demonstrado, além do mais a questão atinente ao controle jurisdicional da Administração Pública não mais reside na tensão entre os mencionados princípios, conforme registra Bonavides (2005, p. 586):

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses di-

reitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.

A partir de tal constatação, a única ilação possível é que não se pode pôr em dúvida a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário do mérito do ato administrativo também, sobretudo em se tratando de questão atinente à lesão ou à ameaça a direitos fundamentais, ou mesmo ao descumprimento do dever de observância a princípios jurídicos, devendo a decisão a ser tomada sempre levar em consideração os seus efeitos no mundo dos fatos, naturalmente, com toda prudência, a fim de não se substituir o arbítrio do administrador pelo do julgador.

Reportando-nos ao que foi dito acerca da implementação de política pública adequada para atendimento ao Princípio da Eficiência, constatada a ação ou a omissão transgressiva do dever de conferir a necessária concretização ao preceito e, como tal, passível de causar lesão ou ameaça a direito fundamental, cabe ao Judiciário, quando provocado, como missão imposta pela ordem jurídica constitucional, decidir sobre a providência a ser adotada para correção do vício.

Uma última palavra incontida se refere à necessidade de se dar vida ao princípio constitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva, em se tratando de demandas envolvendo condutas que configurem improbidade administrativa na modalidade de atentado contra os princípios da Administração Pública. É imprescindível que o problema seja mais bem trabalhado pelos operadores jurídicos, pois às instituições públicas (e ao próprio administrado) não pode continuar sendo debitado o ônus decorrente da administração irresponsável e antiética.

6. Conclusão

Sendo o Estado de Direito instituído pela Constituição para o cumprimento de sua função social, todos os órgãos componentes do sistema político-normativo que o corporificam exercem função instrumental, com o objetivo comum de garantir a satisfação dos

direitos fundamentais, tendo em vista a consolidação da democracia e a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, o Direito é regido pelo princípio da juridicidade, de sorte que, no exercício de sua função, o administrador público deve sujeitar-se não só às regras jurídicas, mas também aos princípios gerais de direito, principalmente os que regem a Administração Pública, e, em muitos casos, agir tendo por fundamento direto a Constituição, visando concretizar o Princípio da Eficiência.

Ao Ministério Público cabe a tutela dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade, por sua posição de independência em relação aos poderes da República, devendo agir em defesa dos interesses transindividuais relativos à concretização do princípio da eficiência pela Administração Pública.

O Poder Judiciário, como detentor de uma parcela do Poder, possui legitimidade democrática e, em respeito aos princípios constitucionais da inafastabilidade e do direito à tutela jurisdicional efetiva, utilizando-se dos métodos hermenêuticos atualmente postos à sua disposição, deve sempre realizar um conhecimento pleno de qualquer questão levada a julgamento, inclusive daquela que envolva a implementação de políticas públicas pela Administração, visando à necessária aferição da garantia de satisfação dos direitos fundamentais.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/43852,9>>. Acesso em: nov. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Das questões políticas e da possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 24. mar. 2008. Disponível em: < <http://nagibedemelo.blogspot.com>>. Acesso em: ago. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNITED STATES OF AMERICA. International Organization of Supreme Audit Institutions. *Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector*. p. 6. Disponível em: <<http://www.intosai.org>>. Acesso em: nov. 2008.

Artigo enviado em: 24/05/2010

Artigo aprovado em: 14/02/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120020