

3.A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FORMAIS NA REVISÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS PARA A CLASSIFICAÇÃO NA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Cláudia Toledo

Alexandre Van de Pol

Bruno Ribeiro Uchôas

Karina Guimarães Machado

Victor Garcia

Palavras-chave: Princípios formais; políticas públicas; fórmula do peso; e parâmetros de classificação.

Introdução

Esse trabalho propõe e analisa parâmetros para classificar valores dos pesos concretos dos princípios formais da discricionariedade do Poder Executivo e da inafastabilidade do controle jurisdicional nas demandas por direitos fundamentais sociais, de forma a demonstrar sua relevância para o debate da interveniência do Judiciário no controle de políticas públicas. Para isso, este trabalho se muniu dos parâmetros apresentados por Matthias Klatt em *Positive Rights Who Decides? Judicial Review in balance*, e da consideração do argumento da reserva do possível.

Para tanto, serão expostos: o conceito de direitos fundamentais sociais e sua relação com este debate; os parâmetros propostos para auxiliar na ponderação de princípios formais e sua adequação a este debate, sem, contudo, apresentá-los como exaurientes; o enquadramento argumentativo da reserva do possível em um destes parâmetros; os desafios enfrentados em alguns deles na fase de cognição; e, finalmente, sua relevância para a harmonia dos Poderes envolvidos.

Entende-se que direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos que exigem do Estado uma prestação positiva fática, ou seja, são direitos humanos positivados constitucionalmente que possuem aplicabilidade direta e exigem uma prestação material por parte do Estado, sendo, portanto, justiciáveis.

Apenas a partir do reconhecimento desses direitos como justiciáveis se pode começar a mensurar sua relevância no debate de competências. A colisão pode ocorrer pois o Executivo, que formular políticas públicas, passa a estar sujeito a responder ao Judiciário nas demandas por direitos sociais sempre que houver um debate sobre que envolva a intervenção na política pública judicialmente. Isto, portanto, coloca os princípios formais da discricionariedade do Executivo e da inafastabilidade do Poder judicial em colisão.

Parâmetros à Classificação

Segundo a Teoria dos Princípios de Alexy, os princípios orientadores do sistema jurídico são divididos em dois tipos, os princípios materiais, dentre os quais estão aqueles declaradores de direitos fundamentais, e os princípios formais, definidores de procedimentos e competência dos órgãos do Estado.

Por tratar-se, aqui, de colisões entre competências, e da busca de qual poder deve prevalecer como competente em uma demanda relacionada a direitos fundamentais sociais, vamos expor, brevemente, os parâmetros a serem lançados na fórmula do peso de Alexy, utilizada para a solução daquelas colisões.

Klatt, em *Positive Rights who decides? Judicial Review in balance*, trabalha parâmetros para a ponderação dos princípios formais da liberdade do legislador e da inafastabilidade do poder judicial nos casos de revisão judicial da decisão do Legislador, notadamente, ao envolver o mínimo existencial. Não obstante, os critérios lançados são também aplicáveis às decisões do Executivo e sua revisão pelo Judiciário: qualidade da decisão; confiabilidade epistêmica das premissas; legitimidade democrática; significância dos princípios materiais; função específica de cada uma das competências.

Emprestamos os parâmetros enumerados por Klatt, pois eles guardam estreita com os conflitos de competência em si e não somente nos conflitos entre Judiciário e Legislativo que é a hipótese que ele analisa, sendo, recursos argumentativos auxiliares à classificação à intensidade da interferência.

A qualidade da decisão é determinada da seguinte maneira: “quanto maior a qualidade da decisão primária, maior peso deve ser aplicado à competência do órgão que a proferiu”. No caso analisado por este trabalho, “decisão primária” é a

decisão do poder executivo, sendo a “qualidade” aferida pelos argumentos trazidos na sua justificação, de modo que “quanto mais extensos e convincentes forem os argumentos, melhor a qualidade da decisão”.

A confiabilidade epistêmica das premissas da decisão é aferida da seguinte forma: “quanto menor a confiabilidade das premissas apresentadas, maior peso deve ser aplicado à competência do ente que tem autoridade especial para ou solucionar essa baixa confiabilidade ou para decidir apesar dela”. “Confiabilidade” é a comprobabilidade, evidência e cientificidade das premissas empíricas e normativas. O órgão competente para decidir em casos de baixa confiabilidade é o Executivo, dentro dos limites da sua margem de discricionariedade.

A legitimidade democrática é avaliada segundo a relação: “quanto maior a legitimidade democrática de uma competência, maior o peso desta competência”. Contudo, há questões a serem consideradas diante os argumentos do princípio formal da democracia: às vezes, questões podem ser negligenciadas pelo Executivo e só encontrarem vazão à efetividade no Judiciário, responsável por cobrir seus lacunas deixadas pelo Legislativo, devendo estes elementos serem considerados no caso concreto.

A significância dos princípios materiais é estimada conforme a seguinte expressão: quanto mais intensamente a decisão interferir em um princípio material, menor é a importância da competência do ente (do poder executivo, no caso deste resumo) para decidir autonomamente e maior é a importância da competência do judiciário para controlar a decisão.

A função específica de cada uma das competências em colisão deve ser levada em consideração segundo a relação: quanto mais satisfeita a competência específica de um ente, mais seriamente deve ser considerada a intervenção na sua decisão, ou seja, quanto maior a revisão judicial da decisão do poder executivo nas funções para as quais tem competência originária, mais grave é essa intervenção.

A Reserva do Possível

O argumento da reserva do possível é comumente levantado pelo Executivo em respostas às demandas por direitos fundamentais sociais no poder judiciário e é apoiado em dois fatores: a (i) razoabilidade do interesse particular e o (ii)

equilíbrio do orçamento público, sendo este decorrente do limite orçamentário ou da previsão de recursos voltada à determinada política pública, elaborada em conjunto pelo Executivo e Legislativo, ou da previsão de recursos absoluta, que seria o esgotamento dos cofres.

Entendemos que a revisão judicial pode provocar, sim, a readequação da execução pelo Executivo de suas políticas públicas. Isto podendo ocorrer em maior ou menor grau a depender do volume de recursos demandados para atender cada indivíduo e de quantos esses indivíduos.

Se para atender a uma decisão judicial, porém, for necessária a abertura de créditos orçamentários, estaremos diante de colisão também com o poder legislativo, o que demandaria a inclusão do princípio formal da liberdade do legislador, além do princípio da discricionariedade do Executivo, uma vez que a abertura de tais créditos é de competência compartilhada desses Poderes.

Para o caso em análise, então, enquadraremos o argumento da reserva do possível ao parâmetro da função específica do Executivo, executar políticas públicas, pois a possibilidade de se realizar a demanda está diretamente ligada à função deste Poder. Dessa forma, podemos formular que quão mais custosa for a demanda (em relação ao todo possível para o ente que sofre a intervenção), mais grave será esta intervenção.

Há alguns pontos a serem levantados quanto à qualidade do processo cognitivo prévio à revisão judicial. Quanto à qualidade da decisão primária, releva-se que há uma frequente falta de justificação destes atos. Quanto à confiabilidade epistêmica, apesar da epistemologia normativa ser comumente clara, a epistemologia empírica só será encontrada em um Executivo diligente que estuda a matéria da política pública que intenta aplicar, o que por uma análise superficial mostra-se pouco evidente no nosso escopo político. Quanto ao argumento da reserva do possível, apesar de muito comum nas defesas do Executivo, exige a demonstração daquilo que impede este Poder de cumprir a demanda, prova que, até onde se estudou, dificilmente é apresentada, levantando-se apenas sua presença no escopo argumentativo da contestação.

Conclusão

O uso dos parâmetros propostos, bem como o enquadramento do argumento da reserva do possível em um deles, permite ao Judiciário uma melhor orientação decisória diante da colisão dos princípios formais elencados. Isto é necessário, pois, apesar de a ponderação ser uma ótima ferramenta para a solução dessas situações jurídicas, deve ser complementada por parâmetros que auxiliem a classificação dos pesos concretos na fórmula do peso alexyana, aumentando os critérios decisórios e controlando a decisão judicial, bem como preservando o equilíbrio dos Poderes.

Este estudo é relevante, pois, a revisão judicial pode ter consequências grandiosas tratando-se de interveniência do Judiciário no Executivo para a Teoria do Direito. Permitir inadvertidamente que isto ocorra seria permitir o estabelecimento de um Estado Judicial, além de fomentar o ativismo judicial em substituição do movimento político responsável por estabelecer, na esfera do Executivo, as políticas públicas em acordo com o plano político aprovado democraticamente. Noutro sentido, impedir completamente a revisão judicial abriria espaço às arbitrariedades de um governo a despeito do princípio da legalidade, algo que nosso sistema jurídico veda desde o reestabelecimento do nosso exercício democrático.