Improbidade Administrativa e Implementação de Políticas Públicas: a Omissão do Administrador como Ofensa à Dignidade

Thalles Passos de Oliveira
Pós-graduando em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O estudo tem como objetivo avaliar a prática do ato de improbidade administrativa na elaboração e realização de políticas públicas por desrespeito aos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, nos moldes do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Aponta-se como problema a conduta do administrador público, ao sustentar que a não realização das políticas públicas ofende a dignidade da pessoa do paciente, usuário do serviço de saúde, e representa desrespeito aos princípios constitucionais da Administração, principalmente à eficiência e à moralidade. Como consequência, haverá a aplicação das sanções, de modo que cabe ao magistrado, com base na ponderação, levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa; princípios; políticas públicas; dignidade.

ABSTRACT: The purpose of this study is to evaluate the practice of administrative improbity in the elaboration and implementation of public policies due to the disregard of constitutional principles that guide the

public administration, according to article 11 of Law 8.429/92 (Administrative Improbity Law). It is pointed out as a problem the conduct of the public administrator, stating that the failure to carry out public policies offends the dignity of the patient, a user of the health service, and represents a disrespect to the constitutional principles of Administration, especially efficiency and morality. Therefore, sanctions will be applied according to legal provisions, so that it is for the magistrate, based on the weighting, to take into account the principles of reasonableness and proportionality in this case.

KEYWORDS: administrative improbity; principles; public policy; dignity.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o mundo concentra seus olhares nos administradores públicos. Com grande influência sobre os cidadãos, a Administração Pública toma decisões capazes de afetar diretamente a vida das pessoas objeto de suas políticas. Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade é reconhecida como o centro do ordenamento e impõe ações e abstenções ao Estado ao redirecionar todas as normas infraconstitucionais para a concretização de direitos fundamentais. A legalidade passa a corresponder à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a Carta Magna e nasce uma nova relação entre Estado e cidadão, baseada na centralidade do indivíduo e no exercício pleno de direitos.

Diante dessa realidade, os princípios da Administração Pública, em especial os da boa administração, da eficiência e da moralidade, ganham destaque, pois, no plano das políticas públicas, estas estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos e demandam do Estado a efetivação de direitos, em especial, do direito à saúde. Os chefes de governo são os responsáveis pela tomada de decisões derivada da função política que exercem dentro do Estado Democrático de Direito e devem respeitar certos limites legalmente previstos.

No âmbito das políticas públicas, propõe-se a eliminação dos riscos causados à vida de inúmeros cidadãos em razão da má qualidade dos serviços prestados. Isso se dá através do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, na medida em que o agente público que elege as políticas públicas com desobediência à lei, ou quando deixa de observá-las,

omite-se diante dos anseios da coletividade e quebra o dever de probidade administrativa, destacando-se, no plano normativo, o mecanismo de controle da gestão pública estabelecido pela Lei nº 8.429/1992.

Trata-se de um novo conceito de improbidade baseado na hermenêutica jurídica, mais justo e igualitário, que não se apega ao puro rigor da lei e evidencia a relação direta entre a conduta do administrador e a concretização de direitos fundamentais. No ano em que a Lei nº 8.429/92 completa seus 27 anos de vigência, e coincide com o estado de ebulição político-jurídica desencadeado por recentes acontecimentos, busca-se uma percepção contemporânea do tema improbidade. Com escopo na tutela de direitos fundamentais e na dignidade da pessoa, as páginas que se seguem pretendem expor a possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade ao administrador público que impõe óbice às necessidades vitais dos cidadãos e afronta os princípios da administração pública, escusando-se do dever inerente ao cargo que lhe foi concedido em um Estado Democrático de Direito.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE ENQUANTO AXIOMA DO ORDENAMENTO

O Estado Democrático de Direito afirma os direitos fundamentais como núcleo essencial da proteção dos direitos e garantias e reflete a percepção de que os valores mais preciosos da existência do homem necessitam estar contidos em um local apropriado e imune aos momentos adversos enfrentados pela sociedade que, porventura, representem ameaças aos cidadãos[1].

A Constituição abriga o compromisso de conferir unidade de sentido e de valores para a prática dos direitos fundamentais. Nesse plano ético, sua grandiosidade é destacada ao conceber a dignidade da pessoa como o filtro de todo um sistema[2], isto é, o princípio matriz em que a pessoa é fundamento e fim da sociedade e do Estado. O reconhecimento e a proteção por parte da ordem jurídica torna-a legítima, a ponto de se afirmar que uma Constituição que não reconhece e garante a dignidade da pessoa não é uma Constituição.

1 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

2 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p.92.

É no tocante aos direitos fundamentais que se insere a dignidade da pessoa, atributo essencial do ser humano que condiz com a própria *ratio iuris* e independe de sexo, cor, religião e situação econômica. Na linguagem filosófica, sabe-se que é atribuída a primeira enunciação do princípio da dignidade humana a Immanuel Kant como "[...] algo que está acima de todo o preço, pois, quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalência, então ela tem dignidade"[3].

No pensamento kantiano, a dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autonomia do indivíduo. Para o filósofo, a dignidade é uma qualidade inerente a todos os seres humanos, enquanto entes morais, e apenas a estes, por ser totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. À medida que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades, cada uma absolutamente individual e insubstituível.

Assim, o constituinte de 1988 toma a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico em seu art. 3º[4]. Fundamento para todos os direitos e garantias fundamentais, a dignidade humana é uma categoria jurídica de difícil conceituação, tendo em vista seu alto grau de abstração. Destaca-se o conceito dado por Ingo Wolfgang Sarlet: "[...] Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]", o que implica um complexo de direitos e deveres fundamentais, capazes de assegurar a pessoa contra qualquer ato desumano, garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos[5].

Infere-se que a noção de dignidade está voltada para a proteção e desenvolvimento das pessoas. É por tal razão que o princípio tem função

3 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77.

4 Artigo 3º "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

instrumental e hermenêutica, pois serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração do ordenamento. Admite-se, então, que o princípio é capaz de se vincular com o restante das normas de tal forma que a noção de dignidade pode estar mais evidenciada de acordo com o direito que estamos lidando, isto é, é tamanha a vinculação que a ofensa de determinado direito corresponde de imediato à ofensa à dignidade.

Considerando que os direitos fundamentais consagrados pelos Estados e pela comunidade internacional são inerentes à pessoa, negar-lhes é também negar a própria dignidade. No entanto, a necessidade de se produzir um conceito universal de dignidade deve levar em conta seu conceito aberto e em constante transformação, capaz de lidar com o contexto histórico, religioso e político. Nesse sentido, destaca o autor Luís Roberto Barroso a necessidade de a dignidade ser delineada de forma a conferir-lhe unidade, sob o risco de se transformar em um produto manipulável, eis que ela se caracteriza pela plasticidade e universalidade, sendo invocada em inúmeros cenários.[6] Percebe-se que, dentro dessa concepção de unidade, a dignidade da pessoa é colocada como a máxima do ordenamento e permite a todos os cidadãos cobrar do Estado a realização de ações que assegurem o efetivo cumprimento de seus direitos fundamentais.

O autor adota a teoria de que a dignidade da pessoa humana estaria compreendida em três conteúdos[7], quais sejam: o valor intrínseco da pessoa humana, o seu valor social e a autonomia. Nota-se que esta divisão que não implica necessariamente incompatibilidade entre seus componentes, mas almeja alcançar uma compreensão abrangente e operacional do conceito no ordenamento jurídico. Desse modo, o princípio axioma do

6 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 19. Defende o autor que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, necessitando, portanto, dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação sob o risco de se transformar em uma embalagem para qualquer produto sujeito a manipulações diversas.

7 O autor afirma que o primeiro é o seu valor intrínseco, elemento ontológico porque compreendido como comum e inerente aos seres humanos. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre o entendimento do homem como fim em si mesmo (Kant) e não como um meio para a realização de metas. Ainda, desse elemento extrai-se a ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. Na esfera jurídica, assinala o autor que tal conteúdo estabelece que inviolabilidade da dignidade está na origem dos direitos fundamentais como o direito à vida, o direito à igualdade, o direito à integridade física, o direito à integridade moral ou psíquica. O segundo conteúdo/elemento é a autonomia entendida como o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. O terceiro abriga o seu elemento social, o indivíduo em relação ao grupo, seu valor comunitário destinado a promover a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes, de direitos de terceiros e de valores sociais, inclusive a solidariedade. *(A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 20 – 33).

ordenamento jurídico encontra seu fundamento no segundo elemento, a autonomia[8]. Neste estudo, a autonomia ocupa posição estratégica quando se fala do tratamento fornecido ao usuário do serviço de saúde, visto que a assistência a estes pacientes está pautada na implementação de ações terapêuticas e de reabilitação, direcionadas à ideia de promoção à saúde e qualidade de vida, com o objetivo de incentivar e ampliar a independência dos sujeitos na gestão da vida e no resgate da cidadania.

2.1 A autonomia enquanto direito fundamental

Grandes filósofos como John Locke, Immanuel Kant e Stuart Mill destacam a importância da liberdade para a vida política e o crescimento pessoal. Desse ideal surgiu o princípio da autonomia, baseado no respeito às pessoas, o qual parte da liberdade que exige que aceitemos que elas se autogovernem e sejam autônomas nas suas escolhas e nos seus atos. Kant coloca a autonomia como fundamento da dignidade da pessoa humana, ao dizer que "[...] os seres racionais chamam-se pessoas porque a sua natureza os diferencia como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser usado somente como meio, e, portanto, limita nesse sentido todo capricho e é objeto de respeito".

Se o Estado de Direito e a democracia dizem respeito à compreensão da liberdade, este valor, visto sob a dimensão que se relaciona ao *status* das pessoas,[9] deve ser avaliado sob a perspectiva da liberdade-autonomia. No Estado Democrático de Direito, o direito à autonomia deve oferecer ao indivíduo o reconhecimento do domínio sobre a sua própria vida, permitindo-o buscar o seu ideal de viver bem e de ter uma vida boa[10]. Dessa ideia, preserva-se o respeito à intimidade, de modo a limitar a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja ou não sob cuidados, preservando sua própria saúde e seu poder de escolha, devendo suas

8 As principais dificuldades dos pacientes estão relacionadas com a perda da autonomia para a vida cotidiana, a ausência de rede social de apoio, alta dependência de outras pessoas, sobrecarga familiar, dificuldades laborais, problemas relacionados com estigma e dependência econômica. A implementação desses serviços traça uma trajetória preparando o paciente para ir avançando em sua autonomia e independência até lograr sua inserção comunitária.

9 PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 135-138. O autor, ao dizer que igualdade e liberdade não se compreendem separadas, sustenta que a liberdade tem duas grandes dimensões: organizativa e outra que se relaciona ao *status* das pessoas na organização social.

10 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 81.

decisões e vontades ser levadas em consideração como expressão, de fato, dos direitos fundamentais do cidadão contra os poderes do Estado.

Percebe-se que a dignidade é totalmente inseparável da autonomia[11] para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. Para Kant, todos os seres humanos gozam dessa autonomia, uma vez que a condição de ser humano é suporte necessário e sustentáculo da dignidade, ou seja, o que faz do homem um fim em si mesmo. Diante disso, em uma análise mais concreta, há que se considerar a variação da noção de cada indivíduo para uma vida digna, suscetível às mudanças, de acordo com suas necessidades e desejos. Na situação do usuário de qualquer serviço de saúde, as máximas de liberdade e autonomia fazem com que a pessoa possa e deva questionar métodos e motivos dos tratamentos aos quais é submetida, além de poder optar pela forma como acontecerá seu atendimento.

É verdade que a autonomia encontrará seus limites. A circunstância em que se encontra o indivíduo, por exemplo, em caso de ameaça ou coação, deve ser avaliada de modo a verificar se a sua vontade está impregnada de vício. A pessoa que procura o serviço de saúde o faz desejando que seu elemento de vontade, elemento este subjetivo, seja o núcleo sob o qual gira em torno todo o seu tratamento. Estamos falando da autonomia pessoal que, sem dúvidas, para sua efetivação, depende de elementos externos e alheios à vontade do indivíduo. Nesse contexto, diversas situações podem impedir o indivíduo inserido na sociedade de exercer sua autonomia em plenitude. Nasce o conflito quando o Poder Público deixa de promover ações capazes de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais de modo a não infringi-los.

Destarte, quando se trata da violação à autonomia pessoal, esta pode não ser percebida aos olhos da sociedade e do Poder Público, uma vez que estamos lidando com a esfera subjetiva do indivíduo, seus desejos mais íntimos, que nem sempre são compreendidos pelas pessoas que o cercam. De outro lado, há que se considerar que é gritante, não passa despercebida e exige uma resposta imediata do Poder Público, a violação à autonomia física do paciente inserido em um contexto onde não se aplicam da melhor forma os recursos destinados à saúde por parte do

11 KANT, Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 79.

administrador, omitindo-se este diante da ausência da estrutura necessária e essencial à recuperação de indivíduos inaptos a exercerem de forma plena a sua capacidade. Como consequência, e será melhor explicado oportunamente, há a submissão desses indivíduos a situações degradantes diretamente violadoras do princípio matriz da Carta Magna, filtro do ordenamento jurídico e alicerce do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a Lei nº 13.146/2015 representa uma mudança de paradigmas ao regulamentar os princípios e direitos trazidos pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o que vale enquanto norma constitucional, por força do Decreto nº 6.949/2009, ao reafirmar que não se pode mais usar o modelo médico para definir a deficiência, e sim o modelo psicossocial. Consequentemente, tal previsão exige uma percepção sobre a pessoa além das características que tornam sua vida dificultosa.

Na medida em que se trata de um problema estrutural, é responsabilidade do Estado e de toda a sociedade eliminar os obstáculos existentes para que pessoas com limitações funcionais participem ativamente da vida em sociedade. Fica claro que a intenção da lei é viabilizar uma prestação de serviços diferenciada e especializada, incumbindo à pessoa do agente público possibilitar todo o tipo de soluções para eliminar as barreiras que tornam esses indivíduos inaptos. Agindo de forma contrária, haverá privação de uma vida social, familiar e comunitária plena, tolhendo toda possibilidade de evolução e de constituição de vínculos, que certamente auxiliariam o indivíduo por toda a vida.

Logo, considerando que ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos, inclusive o direito ao trabalho, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico, compete à Administração Pública criar novos padrões de consumo e produção, além de contribuir para a construção de uma sociedade mais inclusiva. Por essa razão, a Administração Pública detém a capacidade e o dever de potencializar, estimular e multiplicar a utilização de recursos e tecnologias assistivas, com vistas à garantia plena da acessibilidade e a inclusão das pessoas com deficiência física ou mental, respeitando suas trajetórias na luta por direitos.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em razão da expressa menção Constitucional, o *caput* do art. 37 expõe as diretrizes fundamentais da Administração Pública, compreendida como "[...] todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas[12]". Com o advento do Estado liberal de Direito, a legalidade tornou-se postulado fundamental do Direito Público, vinculando o agir estatal à legislação emanada do poder competente, segundo as prescrições formais, de modo que a Administração Pública permanece em grau inferior, adstrita à legislação, não podendo desvincular a sua atuação para além dos domínios da lei ou, eventualmente, contrária às suas prescrições, ignorando a deliberação promovida no âmbito infraconstitucional.

Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. Posto dessa forma, quando se fala em implementação de políticas públicas, a esta se relaciona com tais princípios, vez que derivada do elemento subjetivo da vontade do administrador ao praticar atos em nome do Poder Público. Dessa forma, o modo de atuar dos agentes aos quais são conferidas as competências para executar as políticas pode ocorrer de forma a não respeitar os preceitos legais e constitucionais, incorrendo, portanto, nas sanções previstas em lei, especialmente, no caso deste estudo, àquelas previstas na lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

A formulação de políticas públicas constitui-se na fase em que os governos democráticos transformam seus propósitos em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real[13]. Resume-se política pública como o conjunto de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público, atuando e influindo sobre a realidade econômica, social e ambiental. Variam de acordo com o grau de diversificação da economia, com a natureza do regime social, com a visão que os governantes têm do papel do Estado

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 65.

13 SOUZA, C. *Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias*, ano 8, n.16, 2006, p. 20-45.

no conjunto da sociedade, e com o nível de atuação dos diferentes grupos sociais (partidos, sindicatos, associações de classe e outras formas de organização da sociedade).

A temática das políticas públicas, como processo de formação do interesse público, está ligada à questão da discricionariedade do administrador. Contudo, antes de serem executadas, devem encontrar seu fundamento de validade na Constituição. Isso porque é a Constituição que deve nortear a escolha dos interesses coletivos essenciais que deverão ser concretizados para a satisfação social. No processo de formação da política pública é preciso sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa. O conceito de discricionariedade é considerado um dos mais difíceis e com maior número de significados da teoria do Direito. Engich[14] traz um interessante conceito em que o agente público poderia optar por uma ou outra possibilidade sem contrariar a regra jurídica. "[...] Logo, o que marca a existência da discricionariedade é a presença da possibilidade de escolha, prevista na lei, não apenas uma possibilidade de fato, mas também de direito"[15].

Para o aperfeiçoamento da atuação governamental e definição das políticas públicas é importante conhecer a população, a fim de permitir o estabelecimento de prioridades e a adoção de medidas estratégicas, sobretudo para sanar problemas em áreas sensíveis, como saúde e educação. É importante também a consideração desses dados para que se possa ter noção sobre a perspectiva de aumento populacional de grupos sociais vulneráveis e minorias, como, por exemplo, idosos e pessoas com deficiência, a fim de que sejam tomadas medidas preventivas em relação à acomodação desses grupos na sociedade conforme a demanda de crescimento.

Logo, fica claro que a formulação e a execução das políticas públicas é um processo político decisório, ensejando a escolha de prioridades e dos meios para realizá-las. Dessa forma, o sucesso está relacionado à qualidade do processo administrativo que precede a realização e implementação da política pública em espécie. No entanto, a experiência revela que nem sempre a vontade popular norteia o Poder Executivo na definição das políticas públicas.

14 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Editora Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2001, p. 214-224.

15 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 371.

3.1 Controle das Políticas Públicas e o papel do Ministério Público

O controle social durante a execução da política pública é fundamental, a fim de assegurar que não ocorra o desvirtuamento dos propósitos que motivaram a criação do programa de governo. Tais circunstâncias justificam o exercício de controles externos sobre as políticas públicas, seja diretamente pela sociedade, mediante mecanismos de participação popular, seja por meio Poder Judiciário ou da atuação extrajudicial do Ministério Público.

A participação popular representa instrumento de controle da atividade administrativa, principalmente no que se refere ao direcionamento dos recursos para que estes possam ser aplicados em maior conformidade com as necessidades dos cidadãos. Sendo estes os mais atingidos pelos erros cometidos pela Administração, representam grande contribuição para a efetivação das políticas públicas, de modo a garantir os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública[16].

Em relação à intervenção judicial no controle de políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover[17] estabelece como primeiro limite a garantia do mínimo existencial[18]. Segundo a autora, o mínimo existencial autoriza a imediata judicialização da questão, "[...] independentemente de existência de lei ou atuação administrativa, constituindo mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei".

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a ideia de mínimo existencial não se resume ao mínimo para a sobrevivência, que significaria ter onde habitar, o que comer e o que vestir, mas sim ao direito ao mínimo necessário para uma vida digna, com todos os atributos a ela

16 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 371. Nesse mesmo sentido, a autora destaca que a ausência desse controle tem demonstrado na prática a má aplicação de recursos públicos.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: Watanabe, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

18 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 70. A questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias, dentre elas a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna. Nas palavras do autor: *"Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados".*

inerentes, incluindo-se, além do direito à saúde e educação, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do meio ambiente e acesso à Justiça, entre outros. Ocorre que a Administração, para tentar justificar suas omissões, faz uso recorrente da reserva do possível[19], e esta *não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essen*cial fundamentalidade[20].

Nesse contexto, com a Constituição de 1988, o Ministério Público teve suas atribuições no âmbito da tutela coletiva definidas e, ao mesmo tempo, ampliadas, competindo-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, entre outras funções elencadas no art. 129 da CF/1988, com vistas à consecução dos objetivos que justificaram a sua atual posição constitucional[21].

A atuação do *Parquet* se tornou muito mais democrática. Por meio dos instrumentos que lhe foram postos à disposição (poder requisitório e de notificação, expedição de recomendação, celebração de acordos extrajudiciais, de termos de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas), ampliou-se a própria forma de acesso à Justiça pelos cidadãos.

No âmbito da Política Nacional de Saúde Mental, apoiada na Lei n. 10.216/01, preconiza-se um modelo que inclui um tratamento aberto com base comunitária. No contexto desta lei, foram editadas inúmeras portarias pelo Ministério da Saúde, para a criação e aperfeiçoamento de equipamentos que pudessem proporcionar um novo modelo de atenção, sempre de forma descentralizada, diante da atribuição de competências aos Estados e Municípios na implantação da política.

19 PERLINGEIRO, Ricardo. *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil* (December 1, 2013). Scientia Iuridica, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333, p. 519-539. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2363398>. "[...] *A reserva do possível não se refere à falta de recursos materiais ou financeiros; ela tampouco se confunde com a simples falta de orçamento público. Com efeito, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada com a prerrogativa do legislador de escolher quais benefícios sociais considera prioritários para financiar, sem que isso, entretanto, implique limitação ou restrição de direitos subjetivos existentes e exigíveis. Portanto, não se cogita da reserva do possível em face de um mínimo existencial e tampouco de direitos instituídos por lei. Nestes casos, é zero a margem de discricionariedade do legislador, inclusive o orçamentário, sob pena de ofensa ao Princípio do Estado de Direito.*"

20 STF - ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2011, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 28/06/2011 PUBLIC 29/06/2011.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires, *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo:Saraiva, 2015. p. 1027-1028.

Na prática, essa política implicou a restrição de indicações de novas internações em hospitais psiquiátricos, a extinção de leitos e a desinstitucionalização de inúmeros pacientes. Por conseguinte, tornou premente a necessidade de participação efetiva da família e da comunidade na prevenção e tratamento dos males que acometem a saúde mental das pessoas e do uso abusivo de álcool e outras drogas. Nesse sentido, o Ministério Público deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional. Frente ao panorama do processo de desinstitucionalização de pacientes de longa permanência, bem como da restrição de leitos e novas internações, deve o Ministério Público atuar no resgate da cidadania, servindo, muitas vezes, como interlocutor ou mediador na implantação de políticas públicas de reinserção social e também junto às famílias.

Para exercer o controle sobre políticas públicas, antes de ingressar judicialmente, o Ministério Público poderá utilizar-se dos meios extrajudiciais de que dispõe, quais sejam, instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, expedição de recomendação, celebração de termo de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas. Todavia, o caminho judicial se mostra o mais adequado quando as medidas extrajudiciais se mostrarem infrutíferas para garantir o efetivo exercício do direito fundamental suprimido. Em alguns casos as tratativas para um consenso ou ajuste com o Poder Público se tornam desgastadas em razão do longo período de violação do direito, ou de sucessivos compromissos descumpridos perante os órgãos de defesa da cidadania e da própria população. Assim, o ajuizamento da ação civil pública representa um instrumento de pressão sobre o ente público em defasagem com o seus deveres constitucionais. Por tal razão, em algumas situações a judicialização parece ser a única alternativa para aplacar o anseio do corpo social pela implementação efetiva de seus direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental à autonomia.

Como exemplo, no contexto das políticas públicas de saúde mental, a Política Nacional de Saúde Mental, baseada na Lei nº 10.216/2001, busca um novo modelo de prevenção e tratamento em saúde mental, a fim de resgatar a cidadania do portador de transtornos mentais e dos dependentes do uso de álcool e de outras drogas, através da inclusão social, reinserção familiar e respeito aos seus direitos e liberdade, garantindo-lhe a livre circulação e a interação com a comunidade. Para isso, estabeleceu-se

um modelo de atenção integral fundada na redução pactuada e programada dos leitos psiquiátricos, contando com uma rede de serviços e equipamentos, estrategicamente organizados em torno dos Centros de Atenção Psicossociais – CAPS.

Dessa forma, coloca-se em destaque a conduta do administrador diante da lei de improbidade administrativa frente à política de prestação de serviços de saúde mental, em especial, o processo de busca de autonomia pelo usuário dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), dois equipamentos basilares da Rede de Atenção Psicossocial previstos nos incisos II, alínea a, e VI, alínea a, do art. 5º da Portaria MS 2.088 de 23 de dezembro de 2011. Estes serviços são os mais importantes dispositivos de saúde mental assistencial sob a competência material dos municípios, e suas deficiências afetam o fluxo de toda a rede, exigindo uma atenção especial do Poder Público, sobretudo porque tais unidades são fundamentais para o processo de desinstitucionalização, estratégia prevista no *caput* do art. 11 da Portaria citada, e essenciais ao resgate da dignidade dos administrados.

A implantação da política pública de saúde mental é processo crucial para a consolidação democrática no Brasil, pois objetiva o resgate da dignidade da pessoa humana, rompendo, assim, com a institucionalização de pacientes de longa permanência, brutalmente alijados da convivência com a comunidade por razões mais ligadas à higienização social do que a propriamente dar vida a projetos terapêuticos racionais e eficientes. Importa ressaltar que tais dispositivos e serviços não esgotam o conjunto da Política de Saúde Mental, uma vez que são compostos por outras iniciativas, as quais visam à construção de estratégias efetivas de cidadania.

Desse modo, a Administração Pública, na pessoa do administrador, está vinculada à concretização dos direitos fundamentais[22] e deve despender esforços para oferecer os bens e serviços necessários à fruição dos interesses dos cidadãos. Isso implica discutir as prioridades públicas para que as políticas estatais correspondam às necessidades dos administrados.

22 Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita os deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. p. 37. 2006.

O próximo capítulo busca trazer uma nova perspectiva de revisão, pelo controle judicial, de atos considerados inalcançáveis, impondo ao poder público o dever de realizar ações necessárias ao desenvolvimento humano que encerrem valores como a dignidade da pessoa, caso contrário, o eventual cargo ocupado pelo administrador será atingido.

4. CONDUTA ÍMPROBA E OFENSA DIRETA À DIGNIDADE

Considerando a eficiência como componente da atividade do agente público, de modo que seus atos, além de legais, morais e imparciais, devem, ainda, ser eficientes, ao elaborar o planejamento da aplicação dos recursos públicos o administrador deve estar consciente de sua capacidade para esse tipo de decisão. Uma negligência no momento de decidir sobre o destino dos investimentos públicos pode provocar efeitos altamente danosos às comunidades administradas, o mesmo ocorrendo quando, mesmo que devidamente definidas, as políticas públicas são mal implementadas, com deficiências técnicas, desvios de curso, entre outras falhas, que podem caracterizar, igualmente, ineficiência e, até mesmo, imoralidade.

A prática de um ato ímprobo não se restringe à ideia de corrupção, eis que o extenso significado do termo transborda o âmbito do inadequado e afronta os princípios que regem a esfera pública. Nesse contexto, não basta anular um ato administrativo que repercutiu na sociedade. Uma decisão razoável deveria cumprir com as exigências de controle efetivo da atividade administrativa, aplicando-se os princípios orientadores da Administração, especialmente os da moralidade e da eficiência, levando-se em conta a obrigatoriedade do agente público de realizar uma boa administração.

No contexto das políticas públicas de saúde, em especial a saúde mental, recorte escolhido para este estudo, o cumprimento da lei que impõe a implementação, estruturação e manutenção de serviços essenciais busca mais do que prestar auxílio a uma população que está marginalizada, trata-se de resgatar a dignidade da pessoa de pacientes com transtornos mentais em condições de desinstitucionalização.

O gestor tem como atribuição a participação no processo de formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Nesse ponto, pode-se destacar que, do ponto de vista estrutural, a Reforma Psiquiátrica Nacional, ao estabelecer metas, fixar o alcance de seus objetivos, bem como ao

trazer, intrinsecamente, a definição das responsabilidades de cada um dos profissionais de saúde, bem como aqueles que possuem atuação direta ou indireta com a saúde mental, exigiu que não só fossem implantados os dispositivos essenciais da política pública, mas também que houvesse a garantia permanente da tarefa de promover os cuidados que os pacientes psiquiátricos efetivamente necessitem[23]. Partindo-se dessa perspectiva, fica claro que as secretarias municipais de saúde, que representam o Poder Executivo, além de serem os únicos atores cujas prerrogativas e obrigações legais exigem a participação em todas as etapas do processo decisório, são responsáveis por promover condições adequadas no que toca à infraestrutura, recursos humanos e financeiros.

Ocorre que, muitas vezes, os recursos destinados especificamente para a finalidade aqui tratada têm caminho diverso, deixando de ampliar e qualificar as unidades de tratamento mental e indo na contramão da política de saúde mental. Indivíduos sofrem com a ausência ou a ineficiência de equipamentos de saúde mental mal conservados e carentes de recursos materiais e humanos. Parece haver verdadeira institucionalização dos pacientes nos denominados manicômios asilares, em que os indivíduos ingressam para nunca mais sair.

Esse cenário representa uma violência jurídica, que desafia frontalmente normas de diversos patamares hierárquicos, e uma violência real aos pacientes por destruir-lhes a liberdade, a dignidade e submetê-los a condições desumanas de existência. Nesse contexto, o secretário municipal de saúde cumulando o cargo de gestor do fundo municipal de saúde é o responsável direto por essa estruturação que, a depender da legislação específica de cada município, é encargo dividido com o chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, uma política de governo pode ser viabilizada ou inviabilizada conforme as decisões administrativas que realizem os seus objetivos ou não. O governo possui o poder de iniciativa e influência da sua própria ação. Não há que se falar em uma Administração inerte, uma vez que o panorama de determinada política depende do conhecimento dos organismos administrativos, dos procedimentos, da legislação, do quadro de pessoal disponível, das disponibilidades financeiras, enfim, de um conjunto de elementos que não pode, sozinho, desencadear a ação.

23 TENÓRIO, F. Por uma assistência psiquiátrica em transformação: conhecer para cuidar. UFRJ: nº 3 e 4. *Cadernos IPUB*, 1999.

Em ocorrendo omissão do administrador, o qual, devendo atuar conforme a norma em prol do interesse público, deixa de fazê-lo, haverá violação dos princípios administrativos da legalidade, da finalidade e, definitivamente, do princípio da moralidade administrativa. Toda vez que há dano à moralidade administrativa, há dano à coletividade em geral, pela situação de insegurança, de desordem administrativa, contaminação da essência do Estado e lesão aos seus valores fundamentais. É de interesse geral da coletividade que a Administração funcione de forma regular, por isso é válido dizer que sempre que o administrador não se conduz a perseguir a solução contida na norma como de interesse público, existe dano à moralidade administrativa, passível de responsabilização de quem lhe deu causa. Não se trata de legalidade estrita, mas de desvio de interesse público.

Os princípios têm função instrumental e hermenêutica e são capazes de se vincular ao restante das normas e, no caso, a conduta do administrador omisso vincula-se diretamente à dignidade das pessoas com transtornos mentais. Dessa forma, é possível identificar os sujeitos que adotaram comportamento contrário à vocação do cargo que ocupam, estruturando-se a responsabilidade do agente público ímprobo, não apenas porque deixou de fazer o que a lei determinou, mas porque também, ao deixar de agir, ofendeu a dignidade dos cidadãos.

4.1 Prova do elemento subjetivo

A essência da administração da coisa pública está no fato de que o seu administrador atua em conformidade com a lei, para o melhor uso da sociedade, e sua função é interpor a relação entre Estado e cidadão, permitindo a concretização dos anseios sociais. Nesse contexto, a interpretação de qualquer dispositivo deve ser feita de forma sistemática e conforme a Constituição, em especial de acordo com as normas consagradas como Direitos Fundamentais, cujo escopo é a dignidade da pessoa, de modo que a atuação administrativa deficitária, que não esteja voltada ao cumprimento do dever Estatal, deve ser passível de sanção.

O dever de legalidade consiste na obrigação do agente de agir dentro dos preceitos legais. Celso Antônio Bandeira de Mello[24] ensina que a mais grave forma de violação da legalidade é aquela que fere um princípio jurídi-

24 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.

co, na medida em que aparece como uma insurgência contra todo o sistema e uma subversão de seus valores fundamentais, capaz de corroer a estrutura mestra do sistema. Logo, a gestão pública exercida que não cumpre a prestação de um serviço público de natureza essencial que visa a concretizar o direito à saúde provoca maiores impactos diretos na sociedade, porque versa sobre serviços exigidos todos os dias pela população, de modo que sua inadequada prestação viola diretamente direitos fundamentais.

No âmbito deste artigo, é polêmica e suscita grande relevância a questão da presença do dolo e da culpa nos fatos típicos previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/92. A maioria dos autores considera que é necessário o dolo para caracterizar o tipo, ante a ausência de previsão da culpa. Sob esse aspecto, a interpretação da Lei de Improbidade deve ser feita aos olhos da Constituição que, como ensina Canotilho,[25] é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais, impondo, assim, recorrer ao texto constitucional em busca da determinação e apreciação do conteúdo intrínseco da lei. Dessa forma, diante de normas polissêmicas ou plurissignificativas, a preferência é para aquela interpretação que ofereça à norma um sentido que tenha conformidade com a Constituição.

A Constituição de 1988 está voltada, em todos os seus aspectos, para a implementação dos direitos fundamentais. É impossível permitir que a legislação infraconstitucional venha admitir lesão grave à dignidade dos administrados dada a prática impune de más administrações, oriundas da incompetência de seus agentes, "[...] de sua negligência contumaz para com as atividades de atendimento às prioridades básicas dos administrados, como são as definições de políticas públicas em áreas como saúde e assistência social"[26].

Ainda que os tribunais superiores e a doutrina majoritária[27] entendam que não há espaço no art. 11 da Lei de Improbidade para considerações de negligência, imperícia ou imprudência, tendo em vista que todos

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1999, p. 1.151.

26 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 207 p. 432.

27 Nesse sentido, entre outros autores: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 147; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 166; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28. Ed.São Paulo: Atlas, 2015. p. 1127.

os atos descritos são essencialmente dolosos[28], deve-se observar que esse ato de vontade consciente materializa-se através da reiterada conduta culposa, isto é, de uma omissão reiterada. A apuração dessa reiterada conduta culposa que resultou dolosa constituirá prova a ser utilizada pelo Ministério Público que, utilizando-se dos instrumentos existentes na legislação vigente na defesa dos interesses metaindividuais, como o inquérito civil público, iniciará uma investigação acerca da omissão do ente em executar os programas de saúde mental nacional, de acordo com sua respectiva demanda social.

Nesse sentido, ainda que o enquadramento na lei de improbidade exija culpa ou dolo por parte do sujeito ativo, quando o administrador deixa de implementar e manter os serviços de saúde mental em condições dignas, deste ato praticado já é possível verificar se, dentro de um juízo de reprovabilidade, a situação fática chegou ao conhecimento do agente e se este, desonestamente ou por intolerável incompetência, deixou de atuar dentro da vocação destinada a seu cargo, ferindo em consequência, os direitos dos pacientes administrados.

Frise-se que a aplicação da lei de improbidade exige bom senso acerca da real intenção do agente. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham o mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para os cidadãos. No caso, deve haver observância ao princípio da razoabilidade sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins[29]. Para isso, não basta o julgador aplicar a sanção legal, mas

28 Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. PREFEITO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO AUTÔNOMO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULAS 283 E 284/STF. (...) 4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 5. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 7. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.6.2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5.3.2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2014. (STJ, REsp 1.660.398/PE, Rel. Min.Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/06/2017).

29 Sobre tais princípios, leciona Carvalho Filho: "No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode

deve adotar uma postura que seja capaz de proporcionar punição aplicada aos objetivos buscados pela Constituição. Com esse raciocínio, objetiva-se acabar com a limitação da punibilidade de agentes públicos omissos, isto porque a Lei nº 8.429/1992 é um regime legal diferenciado, que se orienta por princípios constitucionais.

Há que se considerar que, por vezes, a lei regula determinadas situações em termos das quais resulta discricionariedade ao agente público, e isso ocorre porque, nessas situações, não é possível predeterminar de forma rígida a conduta ideal para atender ao interesse público. Sob esse aspecto, não se confunde discricionariedade com o arbítrio, pois entre as opções dadas ao administrador por margem de escolha, este somente poderá adotar o comportamento específico que melhor atenda o interesse público. É que a norma, nesses casos, prevendo a possibilidade de mais de uma opção numa determinada situação, prefere impor ao administrador o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

A partir desse raciocínio, restringir o elemento subjetivo da conduta exclusivamente ao dolo em hipótese de ofensa direta à dignidade da pessoa do paciente com deficiência mental, princípio matriz do ordenamento, é permitir que o administrador encontre respaldo na lei para descumprir direito fundamental e justifique sua conduta lesiva, escusando-se do dever de implantar o mínimo existencial. Este não é o espírito do Estado Democrático de Direito, com escopo na tutela de direitos fundamentais. Logo, a não efetivação da política pública de saúde mental em escala municipal por parte do agente político demanda análise do elemento subjetivo, uma vez que a referida conduta implicará, necessariamente, restrição do direito fundamental à autonomia, restrição da dignidade de indivíduos que, na maioria das vezes, desprovidos de familiares, são submetidos a longo período de internação em razão do prejuízo à estratégia de desinstitucionalização.

---

afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, 'confluem ambos, pois, rumo ao (super)princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: 2009. p. 44.)

Em outras palavras, há direta e flagrante violação à dignidade da pessoa do paciente perpetrada pelo descaso do administrador frente à violação aos princípios da administração, em especial, o da eficiência e moralidade. A gravidade dessa ofensa não passa despercebida aos olhos desse, isto porque, *se podem os agentes políticos "*[...] ter consciência das condutas proibidas no que se refere a usufruir das benesses do poder [...] é evidente que podem, também, ter a clareza de que suas atitudes, ou a falta delas, no caso da omissão, causam graves danos á população"[30].

Portanto, impõe-se o enquadramento do tipo previsto no art. 11, *caput,* da Lei nº 8.429/92, incorrendo em improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais o agente público que se omite no seu dever de zelar pelo direito fundamental à saúde, revelando uma conduta dolosa mascarada pela perpetuidade de sua inércia. Verifica-se, claramente, que o prejuízo aos administrados e, em consequência, ao interesse público encontra-se na própria conduta omissiva reiterada que submete o cidadão a uma situação de insegurança.

A omissão reiterada é brutal empecilho que inviabiliza a desinstitucionalização traçada pela Lei nº 10.216/2001 e ofende aos ditames da Lei nº 13.146/15, impondo nítido obstáculo ao pleno exercício, pelo paciente, do direito à autonomia, com verdadeira afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Apesar de seus interesses estarem protegidos pela lei, na prática, o administrado somente conseguirá o reconhecimento desta proteção através de decisão judicial, isso se já não houver dano irreparável ou de difícil reparação ao cidadão, que tem, de pronto, direito a esta proteção.

Caracterizada a omissão do poder público no cumprimento do seu dever constitucional de garantir saúde aos governados, tal fato não pode passar despercebido pelo Poder Judiciário, que tem a função social e constitucional de assegurar o direito a quem é de direito quando a Administração Pública não atende às finalidades para as quais foi criada. Não se trata de invasão da esfera de competência do administrador quando se almeja efetivar através da tutela jurisdicional os direitos constitucionais dos cidadãos, dever do ente público. A possibilidade de controle pelo Judiciário se dá, na hipótese, através de ação iniciada pelo Ministério Público que enseja, na prática, a responsabilização do agente público através de condenação judicial.

30 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas.* Curitiba: Juruá, 207 p. 430.

5. CONCLUSÃO

Após a análise de todo o conteúdo desenvolvido neste trabalho, cumpre destacar as principais ideias que norteiam a improbidade administrativa na implementação de políticas públicas, de forma a dar efetividade à lei e à Constituição Federal no que se refere aos atos do administrador público. Nesse contexto, propõe-se a contribuição, no âmbito do controle da atividade administrativa, a redução de graves danos causados ao Erário, especialmente, quando os cidadãos são privados do exercício de direitos fundamentais não realizados pelo Estado através de prestações públicas.

O plano das políticas públicas é de grande relevância, porque está ligado ao resguardo dos direitos sociais e políticos e demandam do Estado a efetivação de direitos. Nesse sentido, a formulação e a execução de políticas públicas dependem de opções políticas daqueles legalmente investidos de representação popular, e a liberdade de atuação destes encontra limites na lei e na própria Constituição. Dessa forma, o administrador público que elege políticas públicas em desobediência à lei e à Constituição Federal omite-se diante dos anseios da coletividade e quebra o dever de probidade administrativa, atentando contra os princípios da Administração Pública, em especial, os da boa administração, da eficiência e da moralidade. Como consequência, no mecanismo de controle da gestão pública, a inobservância a esses preceitos, por dolo ou culpa, coloca em destaque o plano normativo estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

Na esfera de discricionariedade, não há que se falar em margem de liberdade do administrador quando se está diante da tutela do direito à saúde e à vida das pessoas, direitos fundamentais indisponíveis e de tutela obrigatória por parte do Poder Público. É inconcebível imaginar que ao poder público cabe escolher se vela pela saúde de sua população ou se a mantém em risco. Ademais, parece que os entes municipais não se preparam para cumprir sua destinação constitucional, resistindo o mais que podem em tornar efetivos os direitos sociais.

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas para que o ente municipal cumpra com os seus deveres, atuando dentro dos limites de suas competências constitucionalmente impostas na prestação do serviço de

saúde pública, dando efetividade ao Plano de Desinstitucionalização, que reconhece a extrema vulnerabilidade das pessoas portadoras de doenças mentais, e a essencialidade da implementação de prestações positivas tendentes à proteção dessas pessoas. Trata-se de um dever do exercício da função jurisdicional para garantia de tal direito subjetivo, descrito na Lei nº 10.216/01 e detalhado nas Portarias do Ministério da Saúde, que tratam dos Serviços Residenciais Terapêuticos e dos Centros de Atenção Psicossocial, de exercer a guarda da Constituição e conferir efetividade aos direitos lesionados ou ameaçados de lesão.

Nesse contexto, é inadmissível relativizar a obrigação do Poder Público, na pessoa do administrador, de responder como qualquer outra pessoa titular de direitos e obrigações por suas ações e omissões, sendo fundamental a atuação do Poder Judiciário em alcançar a conduta típica do administrador, enquadrada no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92, através da apuração em inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, proporcionando a satisfação do direito violado.

Os 27 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa demonstram avanços inegáveis, porém, não pode a alegação de indeterminabilidade da norma servir de obstáculo para invalidar atos e punir agentes que não cumpram adequadamente os fins constitucionais voltados à aplicabilidade dos postulados e princípios da lei fundamental. O administrador público que reitera sua omissão manifesta verdadeira preferência à situação degradante vivenciada por seus administrados e expõe absoluta ausência de vontade política. Sua conduta transborda a esfera da culpa e reveste-se de dolo mascarado, moldando-se, perfeitamente, na delimitação conceitual de improbidade caracterizada pela conduta desonesta.

Portanto, em razão do atentado contra os princípios da Administração Pública, em especial, a eficiência e a moralidade, impõe-se o enquadramento no tipo previsto no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92. Sem prejuízo das demais sanções, é necessário promover, nos moldes do art. 12, inciso III, do mesmo diploma a perda do cargo do administrador que impôs óbice à liberdade dos administrados e deixou de atender as necessidades vitais destes. Ao Ministério Público, atento à realidade social, cabe a iniciativa da ação de improbidade em face daquele que se escusou do dever inerente ao cargo que lhe foi concedido como forma de afirmação do Estado Democrático de Direito, com escopo na tutela de direitos fundamentais e na dignidade da pessoa.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. In: *Revista de Direito do Estado*. Ano 1. n. 3, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Editora Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei 8.429/92 e do DL 201/67*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: Watanabe, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes***.** Lisboa: Edições 70, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo:Saraiva, 2015.

PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.

PERLINGEIRO, Ricardo. *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil* (December 1, 2013). Scientia Iuridica, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2363398> Acesso em: 17 Ago 17.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, C. 2006. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, ano 8, n.16.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TENÓRIO, F. Por uma assistência psiquiátrica em transformação: conhecer para cuidar. UFRJ: n° 3 e 4. *Cadernos IPUB*, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.