



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Jorge Pereira Lee Junior

Rio de Janeiro  
2020

JORGE PEREIRA LEE JUNIOR

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Coorientadora:

Prof<sup>a</sup> Mônica Cavaliere Fetzner Areal

JORGE PEREIRA LEE JUNIOR

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020. Grau atribuído: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ..

\_\_\_\_\_

Convidado: Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

\_\_\_\_\_

Orientador: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

\_\_\_\_\_

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, todo poderoso, toda honra e toda a glória.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, todo poderoso, porque me deu vida e tudo aquilo que tenho desejado.

Aos meus queridos pais, Jorge (*in memoriam*) e Ana, que com todo amor e carinho forjaram meu caráter e forneceram todo o meu alicerce moral e de conduta.

Ao meu irmão, Jonathan, pelo companheirismo e grande amizade.

Aos meus queridos avós maternos, Afranio (*in memoriam*) e Gilda, que sempre me dedicaram amor, carinho e apoio.

Aos meus avós paternos, Euclides e Maria do Carmo (*in memoriam*).

Aos meus colegas de turma, que sempre contribuíram na minha formação por meio de debates edificantes.

*“O que pensávamos ser o futuro está em débito conosco. Para superar a crise, temos de ‘voltar ao passado’, a um modo de vida imprudentemente abandonado.”*

Zygmunt Bauman

## SÍNTESE

Em uma estrutura fortemente burocratizada que compreende o governo brasileiro diversas tentativas foram realizadas com o fim de transformar o estado em um paquiderme burocrático em um ágil agente de transformação. Não obstante os esforços realizados no meio dos anos 90 durante a gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a Administração Pública continua hoje sendo um gargalo na própria implementação de políticas públicas. O crescimento econômico tão almejado pelas lideranças políticas, seja para implantar um projeto liberal-capitalista de mercado, seja para implantar uma social-democracia de redistribuição de riquezas e eliminação da desigualdade social, tem como uma barreira a própria burocracia estatal. Dessa forma, é imperioso resguardar que a Administração Pública atue de forma eficaz, efetiva, eficiente e econômica, na administração da *res* – coisa – pública e na execução de serviços públicos, tais como saúde pública, saneamento básico, ensino público, entre outros. O trabalho busca também demonstrar que o papel do Judiciário é ao mesmo tempo fundamental na fiscalização de abusos, porém não deve se imiscuir demais na esfera das escolhas administrativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Controle de Discricionariedade. Políticas Públicas.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. POLÍTICAS PÚBLICAS .....	12
1.1. Pressupostos norteadores que definem políticas públicas .....	13
1.2. Pressupostos de legitimação e de competência para formular políticas públicas .....	19
1.3. Política Pública como uma norma programática.....	30
2. CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS .....	34
2.1. Princípio da Legalidade e Princípio da Juridicidade: alguns apontamentos .....	36
2.2. Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados: há alguma relação entre esses institutos? .....	37
2.3. Discricionariedade Técnica: um limite.....	39
2.4. Direitos Fundamentais e controle de discricionariedade.....	42
3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	44
3.1. Políticas Públicas em Juízo.....	50
3.2. Limites ao controle judicial .....	59
3.3. Propostas de controle judicial de políticas públicas.....	61
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS .....	69

## INTRODUÇÃO

Diante do crescente dinamismo observado após a segunda guerra mundial, o efervescente movimento doutrinário, que veio a ser denominado como neoconstitucionalismo, identificou na seara constitucional um movimento de transformação que serve como base constitucional do Estado Pós-Moderno. Paralelamente, o Direito Administrativo observou também durante esse momento histórico uma transformação dos dogmas administrativos modernos, e sofreu, também, seu momento de transformação. Porém, em maior ou menor medida essa transformação do direito administrativo não foi, ou foi insuficientemente, recebida. A matriz do Direito Administrativo brasileiro, inegavelmente baseado no modelo francês, teve que ser adaptada para recepcionar institutos do direito administrativo americano.

Como resultado desse amplo dinamismo social exurgiu o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), cuja principal característica seja a assunção de um conjunto de prestações positivas por parte da Administração. Ao reboque dessa concepção, surge também outro fenômeno observado nos textos normativos constitucionais produzidos no pós-guerra, o dirigismo constitucional.

Contudo, esse modelo amplamente programático e concessor de direitos encontrou uma barreira fática, ante a indisponibilidade de recursos, para a concreção dessas “promessas” constitucionais.

Nesse processo de adaptação, os juristas, dentre eles os juízes e demais operadores do direito, veem-se por vezes confrontados por situações que, por justiça, impõe ao operador de direito posicionar em relação a uma escolha pública.

O tema já foi objeto de ampla pesquisa pela doutrina e, de forma geral, tanto políticas públicas, quanto controle de legalidade, ou hodiernamente, juricidade, foram bem explorados independentemente. Porém, diante da necessidade de reestruturar a configuração do Estado, na sua dimensão ontológica, ou seja, do ser, do Estado-sujeito, propõe-se uma releitura de institutos cristalizados no contexto jurídico, tais como, insindicabilidade do mérito administrativo.

Dessa forma, diante uma estrutura fortemente burocratizada que compreende o governo brasileiro diversas tentativas foram realizadas com o fim de transformar o estado em um paquiderme burocrático em um ágil agente de transformação. Não obstante os esforços realizados no meio dos anos 90 durante a gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a

Administração Pública continua hoje sendo um gargalo na própria implementação de políticas públicas. O crescimento econômico tão almejado pelas lideranças políticas, seja para implantar um projeto liberal-capitalista de mercado, seja para implantar uma social-democracia de redistribuição de riquezas e eliminação da desigualdade social, tem como uma barreira a própria burocracia estatal.

A pergunta que se deve realizar nesse momento é a seguinte: que fazer para mudar? O presente trabalho busca além de responder essa pergunta, discutir sobre o controle de juricidade, políticas públicas e escolhas administrativas, como meios de melhorar a prestação de serviços públicos em busca de maior eficiência, qualidade e resultados. O trabalho busca também demonstrar que o papel do judiciário é ao mesmo tempo fundamental na fiscalização de abusos, porém não deve se imiscuir demais na esfera das escolhas administrativas.

No primeiro capítulo, buscar-se-á uma definição de políticas públicas, delimitando, assim o alcance sobre o qual se construirá um fundamento sólido teórico, no qual será enfocado quais limites se impõem e em quais papéis o direito pode intervir.

No segundo capítulo, será analisada o controle do mérito administrativo, tanto em sua concepção tradicional, de controle de legalidade e forma, e sua roupagem mais moderna, de controle de juricidade, que reconhece a incidência não só das regras, mas de princípios que no caso concreto necessita de ponderação.

No terceiro capítulo, será abordado a conveniência de o Poder Judiciário intervir na execução de políticas públicas por meio de decisões judiciais. Nesse ponto, o trabalho busca analisar a causa, ou as causas, do ativismo judicial, principalmente, no contexto brasileiro, e traçar limites axiológicos à atuação judicial na tarefa de realizar escolhas de políticas públicas, execução de serviços públicos e determinação dos orçamentos.

O trabalho buscará ao cabo responder: a) se é legítimo ao Judiciário implementar políticas públicas; b) se existem limites ante a atuação do Judiciário na determinação de realização de serviços públicos e alocação de verbas orçamentárias; c) se o ativismo judicial, afinal, é bom ou não?

Tudo isso sem perder o objetivo maior de, em busca de harmonizar os princípios e conceitos tradicionais com os influxos pós-modernos, encontrar um critério que permita de forma previsível e objetiva determinar os limites da atuação judicial nas escolhas públicas.

A metodologia de pesquisa utilizada no presente trabalho é qualitativa, em relação a abordagem; exploratória, quanto ao objetivo; e, de pesquisa bibliográfica, leis e jurisprudência, em relação ao procedimento de pesquisa.

Será fonte de pesquisa, também, votos e pareceres prolatados em sede de judicialização das políticas públicas.

## 1. POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, faz-se mister delinear o conceito de políticas públicas para então a partir do conceito formado, realizar-se a construção do conteúdo do tema abordado no presente trabalho.

É nítido que o conceito de políticas públicas transita por ações de natureza pública que revelam a íntima ligação das funções desempenhadas pelo Estado para a concretização dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, o que evidencia que não existe exclusão de nenhum dos Poderes que constituem o Estado quanto ao compromisso de efetivar as políticas públicas, uma vez que a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 aponta a direção e modula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos poderes.

Considerando a concepção atual da harmonização dos poderes, é possível perceber que a elaboração dos planos de governo, que executam as políticas públicas em diversas áreas da Administração Pública, ficam a cargo do Executivo e do Legislativo, e estes poderes são os mesmos que vencem as eleições.

É importante se destacar neste momento a formação da agenda de políticas públicas, bem como o seu ciclo. Existem vários tipos de “agendas” – “do Estado”, “governamental”, “de decisão” etc. – que coexistem, mas cujas questões nem sempre coincidem. Saliente-se que a formação da agenda depende do reconhecimento de situações diversas como “problemas políticos” a serem solucionados, ou seja, a formação de agenda se trata da definição feita pelo governo de uma lista de questões que precisam ser resolvidas por meio de políticas públicas.

Assim, a formação da agenda é influenciada por vários fatores, como: a) os problemas cujo reconhecimento é afetado por crises, pela ação coletiva organizada ou por oportunidades políticas; b) os atores visíveis, invisíveis e as comunidades políticas; c) a existência de propostas ou concepções prévias que viabilizem a busca de solução para os problemas; d) os eventos da vida política, como eleições, crises, etc.

A formação de alternativas é um dos mais importantes momentos do processo decisório, sendo que as decisões estruturantes são bastante amplas e definem as diretrizes das políticas, enquanto as decisões ordinárias são delimitadas pelas estruturantes e se referem a aspectos específicos das políticas. Após esta etapa, inicia-se o processo de implementação da política pública, que é bastante complexo, pois envolve novas decisões, simultâneas e subsequentes à execução de diversas medidas da política. O acompanhamento, o monitoramento, a avaliação e o controle das políticas públicas são processos importantes para que estas ganhem efetividade,

resultando não apenas em intervenção na realidade, mas também em transformações dos problemas em situações solucionadas.

Há, por fim, diversas ações entre as diferentes agências e de programas desarticulados no interior de cada uma delas. As possibilidades de escolhas atribuídas ao Executivo neste momento são amplas e são poucas as situações em que os investimentos têm finalidade vinculada, como ocorre com a educação e a saúde, e desta forma, a omissão da Administração na concretização de direitos fundamentais, que ocorre frequentemente na conjuntura atual do país, reclama por uma intervenção judicial, em forma de ativismo, com o fim de direcionar a escolha de prioridades orçamentárias adotadas pelo governo.

### **1.1. Pressupostos norteadores que definem políticas públicas**

Política pública é uma locução polissêmica cuja conceituação tem caráter estipulativa, ou seja, incerta, de acordo com a definição de Maria Paula Bucci.<sup>1</sup> A mesma autora preconiza que as políticas públicas constituem uma temática oriunda da ciência política.

Há uma certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, embora a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano.

Para Vanice Regina Lório do Valle<sup>2</sup>, o conceito inicial de política pública consiste em uma “decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”. Entretanto, a autora adverte quanto ao aspecto de que uma política pública não se constrói apenas a partir de uma simples decisão administrativa, mas se materializa por meio de um conjunto de decisões inter-relacionadas.<sup>3</sup>

Destaca-se que a sistematização do estudo de políticas públicas ocorreu no período pós-guerra, na década de 50, inicialmente verificado nos Estados- Unidos da América, com o eminente artigo elaborado pelo professor Harold Lasswell, em que se aponta a importância de se criar objetos e métodos para a ação pública e privada para permitir a superação da tendência da vida moderna ao divisionismo e isolamento.<sup>4</sup> Propôs, então, que o Estado devesse agir por meio de políticas públicas, cuja orientação traduz-se, além, em uma dupla dimensão: a do processo da política pública e a da inteligência desse processo.

---

<sup>1</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251.

<sup>2</sup> VALLE, Vanice Regina Lório do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2.ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.36.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

A primeira dimensão consiste no desenvolvimento da ciência de formação e execução de políticas públicas, utilizando métodos das ciências sociais e da psicologia. Essa vertente é a mais comum na literatura quando relacionada ao estudo de políticas públicas. É tema principalmente estudado nos cursos de Administração Pública e mais relacionado à gestão e planejamento.

A segunda dimensão, por sua vez, relaciona-se à função inteligência que é a forma de se produzir, interpretar e disseminar informações de forma que as pessoas em posições-chave tenham uma consciência situacional mais ampla possível para elaborar justamente políticas públicas. Ou seja, a segunda dimensão, conforme defende Lasswell<sup>5</sup>, consiste em um pilar empírico da primeira dimensão.

Essa postura empírica, de tentativa e erro, na elaboração de políticas públicas, entretanto, não foi capaz de induzir o estudo aprofundado dessa segunda dimensão das políticas públicas, voltando-se a maioria dos autores em estudar a primeira dimensão, o processo.

Por isso, a expressão mais frequente das políticas públicas é o plano — embora com ele não se confunda —, que pode ter caráter geral, como é o Plano Nacional de Desenvolvimento, ou regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação.

Importante destacar que nesse contexto de transformação do Estado, e *pari passu* com neoconstitucionalismo, políticas públicas passaram a fazer parte do texto constitucional, alçando-se ao *status* constitucional. Como exemplo, a política pública de saúde que está ancorada no art. 198, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — CRFB/88.

Isso, por um lado, demonstra que políticas públicas não é só um objeto de estudo de outras ciências sociais, mas do direito também, uma vez que escolhas políticas são densificadas, exteriorizadas, por meio de normas — portarias, decretos, leis e texto constitucional.

Maria Paula Bucci<sup>6</sup> ressalta a convergência entre a política e o direito no momento em que:

À política compete vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrando conflitos, de acordo com a distribuição do poder, além de equacionar a questão do tempo, distribuindo as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazos. Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim,

<sup>5</sup> LASSWEL apud ibidem., p. 37.

<sup>6</sup> BUCCI, op. cit., p. 241.

conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação.

De forma mais precisa, ainda com Maria Paula Bucci<sup>7</sup>, tem-se que “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

A função estatal de coordenar as ações públicas — serviços públicos — e privadas para a realização de direitos dos cidadãos — à saúde, à habitação, à previdência, à educação — legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.

O paradigma dos direitos sociais, que proclamam a intervenção estatal mediante prestações positivas, demonstra, dessa forma, um modelo jurídico e social de políticas públicas. Assim, necessário, pois, num primeiro momento, discutir questões pertinentes a identificar o objeto que assume uma política pública para o direito. Na análise do direito positivo brasileiro, as políticas públicas possuem distintas disposições legais. Ou seja, podem estar expostas em “normativas constitucionais, ou em leis, ou ainda em norma infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público”.<sup>8</sup>

Do lado da gestão pública, o tema das políticas públicas representa a racionalização da atividade política no interior do aparelho estatal. A abordagem das políticas públicas nasce quase ao mesmo tempo que a administração como ciência, já que essa se anuncia como abordagem racional e previsível da atuação estatal em resposta ao impulso governamental, fenômeno político na sua dimensão concretizada. No que diz respeito à abordagem jurídica, destaca-se que o aparelho estatal é constituído de instituições jurídicas, criadas e conformadas pelo direito, por assim dizer, a os “músculos e tendões” da ação do Poder Público. O princípio da legalidade administrativa sintetiza esse traço, vinculando toda ação administrativa à existência de prévio fundamento legal.

A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. O modelo das políticas públicas, concebido como forma de implementação do Estado do Bem-

---

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Idem. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.



Estar, pairou acima ou ao lado das estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido completamente integrado ao ordenamento normativo.

Sobre isso, Valle<sup>9</sup> explica que, anteriormente, no plano jurídico, prevalecia a premissa de que a decisão quanto aos parâmetros de ação do estado era tomada na esfera própria da política, cumprindo à Administração Pública a mera execução e concretização das escolhas públicas, tomadas previamente.

Ademais, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa.

A escolha de diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público.

Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade, não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara dos interesses em jogo.

Do mesmo modo, Arzabe<sup>10</sup> estabelece a relação entre direito e política ao sustentar que:

A ação do Estado por políticas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aqueles a serem beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão deste benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política.

Assim, em decorrência das normativas constitucionais, compete à Administração Pública efetivar, garantir e promover os direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros — e estrangeiros que estejam no país. Para tanto, será necessária a concretização de ações e programas — “as políticas públicas constituem atualmente a forma precípua dessa ação estatal”<sup>11</sup> — para fins de satisfazer os anseios sociais. Com efeito, por meio das políticas públicas, o Estado garante tais preceitos de forma sistemática e abrangente, sobretudo, no que denota os direitos fundamentais.

Convém ressaltar que, de maneira conclusiva, o “Estado deve atuar enquanto formulador e irradiador de políticas públicas capazes de promover o Estado de bem-estar

---

<sup>9</sup> VALLE. op. cit., p. 32.

<sup>10</sup> ARZABE, Patrícia Helena Massa. Direitos Humanos e políticas públicas. In: BUCCI, op. cit., 2006, p. 54.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 52.

conquistado ao longo do lento processo histórico no qual se afirmaram os direitos sociais”.<sup>12</sup> Por isso, tamanha responsabilidade possui todos os entes federativos em oportunizar, disponibilizar e, sobretudo, concretizar direitos fundamentais previstos.

A referida autora, desenvolve e acrescenta o aspecto processual ao conceito de política pública como um elemento de conexão, uma vez que para sua compreensão, enquanto sistema complexo mostra-se necessário um conjunto ordenado de atos. Assim, tem-se a seguinte proposição<sup>13</sup>:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

A despeito do que se acaba de mencionar, é preciso priorizar e escolher em que, e onde, o dinheiro público será investido, tendo por base os objetivos específicos previamente estabelecidos pela política governamental. Por isso, tamanha importância detém o Estado, enquanto instituidor de ações, ao programar, organizar, limitar e direcionar a atividade social. Aliás, nesse sentido, cumpre notar a relevância das normas constitucionais que estabelecem o caráter prioritário de destinação de verbas do poder público, isto é, embora seja uma escolha política a ação destinada para a hipótese em concreto, há limitações a este poder institucional na estrutura constitucional. Dito de outro modo:

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> COSTA, Marli Marlene Moraes; AQUINO, Quelen Brondani. A função das políticas públicas na efetivação de direitos: uma abordagem sobre o exercício da democracia participativa. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (org.). *Direitos humanos, constituição e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 65

<sup>13</sup> BUCCI, op. cit., 2002, p. 39.

<sup>14</sup> 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: SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9.

Quando trata das mudanças no conceito de Estado e de gestão, Moreira Neto<sup>15</sup> destaca os direitos do homem e o retorno do humanismo como responsáveis por reposicionar a pessoa na situação de protagonista do direito e, por conseguinte, da política. Os direitos fundamentais, sob a forma do que denomina “estatuto pós-moderno” determinam dupla funcionalidade, representada, a um momento, por sistemas de valores substantivos — declaratórios —, de índole liberal e social, orientados para a promoção da liberdade humana e da solidariedade; a outro, pelos adjetivos — constitutivos —, postos a serviço da proteção dos substantivos, sob a forma de garantias dos direitos subjetivos públicos. Segundo o autor supramencionado, o redimensionamento da participação humana não retira do Estado o papel de instrumento fundamental da sociedade, apenas empresta-lhe a dimensão plural, agregada à complexidade de suas relações com o cidadão.

No mesmo sentido, explica Gustavo Amaral<sup>16</sup>, brevemente, a noção econômica de escassez, compreendida pelo primado da insuficiência de recursos, confrontada à amplitude de demandas, concluindo, não pela acidentalidade, mas pela essencialidade do fenômeno, que empresta especial importância às decisões alocativas; que por isso são denominadas “escolhas trágicas”.

Dessa forma, observa-se que o desenho estatal em que o estado assume funções que podem ser resumidos, conforme conceituação de Charles-Albert Morand<sup>17</sup>, em estado providência, baseado na ideia de prestações positivas, tais quais os serviços públicos; o estado propulsor, centrado em programas finalísticos, um estado reflexivo, cuja característica é a existência de programas relacionais, onde o estado despe-se de sua supremacia, superioridade hierárquica, e relaciona-se de forma igual, ao mesmo patamar do administrado; e, o estado incitador, baseado em atos incitadores, que combinam normas e persuasão.

Delineados esses — novos — perfis da atuação estatal, qualificados pela programação das políticas públicas com fundamento em regras que importantes alterações, as quais induziram a substituição das teorias burocráticas da administração pelas teorias gerenciais, com vistas a redesenhar o papel do Estado, notadamente, o da esfera governamental. Na França, por exemplo, Chevallier e Loschak<sup>18</sup> destacaram que o modelo administrativo tradicional se revelou incapaz diante das novas exigências, devido à sua rigidez, formalismo e lentidão — atributos

---

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 10.

<sup>16</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 38.

<sup>17</sup> MORAND apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 121.

<sup>18</sup> CHEVALLIER; LOCHAK apud VALLE, op. cit., 2017, p. 52.

clássicos do modelo, enquanto as necessidades da administração apontavam para a surpresa, adaptabilidade e rapidez de reação. O perfil burocrático, antes responsável pela preservação da estabilidade social, foi tomado pela obsolescência e restou ultrapassado, para que a administração pudesse desempenhar plenamente seu papel. A base de legitimação da administração — a escrupulosa obediência à lei, princípio da legalidade, revelou-se insuficiente para alcançar o intuito de prover a ação administrativa de resultados incontestáveis. A partir da noção de poder político insatisfatório, a administração se viu obrigada a buscar sustentação à própria legitimidade, afirmando-se defensora dos interesses coletivos.

A partir da obra de Chevallier e Loschak<sup>19</sup>, é possível inferir que a penetração dos valores gerenciais na função pública foi facilitada pela fragmentação da noção de fronteira tradicional entre o público e o privado, somada à alteração do aparelho administrativo, atenuando-se a concepção de especificidade administrativa. A adoção de canais regulares e reversíveis de trocas ensejou a retomada do interesse e o incremento à receptividade da administração aos valores sociais dominantes, sob a hegemonia das ideias de eficácia e eficiência, compreendidas como ideal de rendimento; substituindo-se, assim, o postulado original de impossibilidade de avaliação da gestão pública com base na eficácia, pela ideia de que a administração, a exemplo da iniciativa privada, deve perseguir a produtividade e racionalizar seus métodos de trabalho, por meio de modernas técnicas de organização, de decisão, controle e avaliação dos resultados.

Leon Duguit<sup>20</sup> deu grande atenção a esse problema ao observar que os governos não são mais do que os representantes de um poder social que manda: são os gerentes dos serviços públicos. Para o autor, ocupando-se do ordenamento jurídico dos serviços públicos para explicar e fundamentar teoricamente a crescente dependência da vida comum em relação aos serviços criados e mantidos pelo Estado.<sup>21</sup> Cumpre lembrar que Duguit deu origem à chamada “Escola do Serviço Público”.

## **1.2. Pressupostos de legitimação e de competência para formular políticas públicas**

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do

---

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> DUGUIT apud VALLE, op. cit., p. 55.

<sup>21</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. V.I, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 140.

homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”.<sup>22</sup>

Para Bucci<sup>23</sup>, esse raciocínio somente não é suficiente para caracterizar as demais políticas públicas, como a política industrial, a política de energia, a política de transportes e outras, que não tem como fundamento a concretização imediata de direitos sociais.

As políticas são hodiernamente instrumentos de ação dos governos — o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law* —, fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos republicanos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas.

Com a evolução do Estado de direito para o Estado Social, volta a ter prestígio a visão do Estado “como forma complexa de organização social, da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos”.<sup>24</sup>

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a certos resultados.

A formulação da política consistiria, portanto, num procedimento, e poder-se-ia conceituar, genericamente, os programas de ação do governo como atos complexos.

Esse fenômeno de procedimentalização, no qual sobressai o poder de iniciativa do governo – e que diz respeito aos meios, ao pessoal, às informações, aos métodos e ao processo de formação e implementação das políticas –, é o ângulo sob o qual se justifica e se faz necessário o estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo.

Esse problema envolve outro, extremamente mais complexo, sobre a iniciativa das políticas públicas: a quem compete formulá-las, ao Poder Legislativo ou ao Executivo?

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.15.

<sup>23</sup> BUCCI, op. cit., 2002, p. 253.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 82.

pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

De acordo com Fábio Konder Comparato<sup>25</sup>, o sentido material do governo teria sido modificado:

Acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.”

A teoria política cunhada no liberalismo atribui a função formadora do direito à competência exclusiva do Poder Legislativo, sede da representação popular. Em matéria de políticas públicas, o acerto dessa visão se confirma em relação aos programas de longo prazo, cuja realização ultrapasse a duração de um governo.

Os objetivos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, essencial à democracia. As leis de plano, portanto, conciliam princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade.

Todavia, como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo. O mais correto seria que pudessem ser realizadas pelo Executivo, por iniciativa sua, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.

Na verdade, o exercício de funções normativas pelo Poder Executivo é noção que se encontra numa zona cinzenta, devido à necessidade crescente de instrumentos para uma ação ágil do governo. Dessa necessidade surgiu o instrumento da medida provisória, previsto no artigo 62 da CRFB/88<sup>26</sup>, cuja aplicação é fonte de muita controvérsia, principalmente devido ao transplante do instituto do modelo parlamentarista italiano para o presidencialismo brasileiro, sem as necessárias adaptações.

---

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 102.

<sup>26</sup> BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 12 mar. 2019.

Esse tipo de instrumento normativo permite que se realize o que Eros Roberto Grau<sup>27</sup> chamou de “capacidade normativa de conjuntura”, visando ao desempenho de uma atividade de ordenação pelo Estado sobre os agentes econômicos. O fenômeno corresponde ao aumento da quantidade e da importância das normas editadas pelo Poder Executivo, por meio da administração centralizada ou dos entes estatais autônomos, mediante o exercício de competência delegada pelo Poder Legislativo.

Observe-se que a delegação é a forma mais intensamente utilizada pelo Poder Executivo americano para regulamentar e fiscalizar setores inteiros da atividade econômica sem a atuação direta do Poder Legislativo, que apenas fixa as diretrizes para a ação administrativa das agências.

Esse fenômeno foi analisado também por Fábio Konder Comparato<sup>28</sup>, que constata a generalização, nos países do Ocidente, da “parcial transferência ao Executivo da própria tarefa de fazer leis”, tendência de que não se exclui o Brasil, adepto dos decretos-leis no regime constitucional de 1967/69 e das medidas provisórias, que se converteram no principal instrumento legislativo do governo sob a égide da Constituição de 1988.

Quanto à estruturação do poder, a proposta de Comparato<sup>29</sup> é no sentido da instituição de um órgão de planejamento desvinculado do Poder Executivo, cujas decisões seriam tomadas por um Conselho corporativo com atribuições distintas das do Congresso Nacional.

Sem entrar no mérito da proposta, o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas. Em relação a elas, mais importantes que os objetivos ou as metas temporais fixadas será o processo de sua realização, a partir dos parâmetros fixados em lei.

Em parte, esse é o processo político, cuja legitimidade e cuja “qualidade decisória”, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política

---

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 231-233.

<sup>28</sup> COMPARATO, op. cit., p. 101.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

pública como instrumento de desenvolvimento. Essa é a razão pela qual entende-se que os administrativistas podem e devem voltar seus olhos para a temática das políticas públicas.

Na formulação de políticas, a administração tende a assumir perfil de transversalidade entre a vertente da atuação popular e da administração tradicional, eis que os tradicionais paradigmas que serviram de sustentáculo à ação estatal (existência, validade e eficácia) não se mostram mais suficientes a caracterizar, nem a justificar plenamente a atividade do Estado contemporâneo. Ocorre que a simples existência dos elementos componentes de um ato, acompanhada das qualificadoras de perfeição deles e da potencialidade jurídica de alcançar efeitos, passou a demandar outros referenciais de harmonia, identificados com os direitos fundamentais e com a democracia integral. Moreira Neto<sup>30</sup> trata do tema, designando-o como “Quatro paradigmas do direito administrativo pós--moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultado.”

A democracia impõe-se como postulado no contexto do constitucionalismo contemporâneo, ultrapassando o conceito de legalidade, para alcançar o da legitimidade, emprestando às constituições, efetivamente, a função de “constituir”, para além de meramente “declarar” direitos. Vê-se, portanto, que as estruturas e forças sociais têm papel determinante sobre as decisões de interesse da sociedade, em especial aquelas denominadas “de governo”, tornando-se claro que tal esfera de deliberação não pode mais permanecer circunscrita ao ambiente formal do governo. O sucesso de uma política pública relaciona-se ao grau de conhecimento que se detém sobre o seu objeto, o que tende a maximizar a viabilidade de implantação de programa de ação governamental, ao mesmo tempo em que sua eficácia está vinculada ao grau de articulação de seus atores (poderes e agentes públicos).

Decorre daí que, para que as escolhas públicas se revelem eficientes e sejam aptas a alcançar os resultados pretendidos, não apenas pela administração, mas por toda a sociedade, é indispensável que a alocação de vontades se dê mediante a participação de seus legítimos interessados, principalmente no que toca à discussão e à definição das finalidades que cada política se dispõe a atender.

A respeito da crescente participação da sociedade nas discussões sobre políticas públicas, Aith<sup>31</sup> adverte sobre a necessidade e conveniência de se compreender os tipos de políticas públicas e as classifica em: políticas de Estado – exclusivamente realizadas pelo

---

<sup>30</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>31</sup> AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-246.



governo e impassíveis de delegação ou terceirização, não admitindo quebra da continuidade; e, políticas de governo – realizadas pela administração, ou por particulares, aptos à delegação e/ou terceirização, tolerando-se eventual descontinuidade. As primeiras, por seu grande vulto e relacionamento com a consolidação institucional, somente podem ser por executadas e financiadas pelo ente governamental; são, geralmente, aplicadas na proteção aos direitos humanos fundamentais e de fundamentação do Estado Democrático de Direito, ao passo que as segundas destinam-se à consecução dos mais variados objetivos constitucionais, apresentando matizes de cunho eminentemente político conjuntural, apenas submetidos às balizas da ordem jurídica, podendo adequar-se, pois, ao financiamento e à execução por atores privados.

Como se pode depreender, o enfrentamento do conceito de políticas públicas consiste em tarefa complexa, que exige a aproximação e confronto de diversos elementos comuns às referidas políticas, ainda que com variadas intensidades. Com esse intuito, deve-se perquirir sobre: a um, o cotejo entre a ação e a omissão do governo, vale dizer, o que se deseja fazer e o que, efetivamente se faz; a dois, a diversidade dos atores — quer sejam formais, quer informais; a três, a penetrabilidade da ação governamental — não circunscrita às leis ou atos normativos; a quatro, a intencionalidade – objetivo específico; e a cinco, a processualidade – irrestrita a atos isolados; ao contrário, inserida em sequência transformadora.

Em seu magistério, Valle<sup>32</sup>, após pontuar os elementos supramencionados, destaca claramente as ideias de “multiplicidade” e “*continuum*”, desdobrando-as em múltiplos atores, possibilidades e instrumentos e, em sequência de ações e/ou omissões, geradoras de consequências, conduzindo ao conceito de que as políticas públicas expressam “[...] decisões que se constroem a partir do signo da multiplicidade, e não de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro de efeitos e obrigações”.

No estudo da multiplicidade de atores, em busca de melhor compreensão do fenômeno da atuação dos grupos de pressão, segundo Truman<sup>33</sup>, é possível concluir, resumidamente, que o acesso efetivo de um grupo de interesse às instituições de governo decorre de um complexo de fatores interdependentes que o viabilizam, classificáveis em três categorias esquematicamente sobrepostas: a um, os fatores relacionados à situação estratégica do grupo, no contexto da sociedade – seu status ou prestígio, corresponde à força de seu controle sobre os mais distantes, à perspectiva de permanência diante das regras do jogo, à potencialidade e amplitude de cooptação formal ou informal de integrantes do governo em membros do grupo,

---

<sup>32</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 35.

<sup>33</sup> TRUMAN, David B. Group politics and representative democracy. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. *Public policy: the essential readings*. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2005, p. 66.

e o papel do grupo como fonte de conhecimento técnico e político; a dois, aqueles associados às características internas do grupo – seu grau de organização, coesão, sua estrutura de liderança, seus recursos materiais e financeiros, redundando em potencial capacidade de enfrentamento das demandas; e, a três, os mais peculiares, ligados às instituições de governo propriamente – a estrutura operativa das instituições governamentais, a partir de vantagens e desvantagens prévia e relativamente definidas, assim como a projeção do grupo sobre as unidades particulares ou planos de governo.

Por sua vez, Dahl<sup>34</sup> reforça a noção da “multiplicidade” ao lançar as bases da ideia de poliarquia, definindo a ação política a partir de múltiplos centros de poder, em substituição às noções de centralismo, com a edição de *Poliarquia*, no ano de 1972, na qual promove a alteração do paradigma da ciência política, pela supressão de vontade central e pela inclusão das “categorias de análise”, postas a avaliar o grau de participação democrática nos processos de escolhas públicas e na eventual ocorrência de disputas sob a forma de concorrência pelo poder em dada sociedade, no contexto de um Estado-Nação.

A esse respeito, confere especial importância à “obtenção do consenso”, alertando, todavia, para a espinhosa e pouco provável tarefa de buscar a “vontade da maioria”. Em seu texto *Com o consenso de todos*, o cientista propunha a prevalência da deliberação democrática, verdadeira garantia do “ideal plural”, na medida em que, independentemente da noção de maioria sob o critério quantitativo, permite salvaguardar, segundo um cuidado contra majoritário, também os interesses de eventuais minorias.

A concepção de Dahl<sup>35</sup> acerca de democracia sugere a existência de um governo que estabeleça relação de caráter “responsivo” com os governados, a partir da noção de igualdade política dos cidadãos. Segundo essa delimitação teórica avaliativa da democracia, os cidadãos devem ter acesso a plenas oportunidades de manifestação de suas preferências, à expressão individual ou coletiva das mesmas e à garantia de que o governo irá, ao menos, considerar suas expectativas, na tomada das decisões. A operatividade desse modelo está necessariamente associada à existência de outras liberdades públicas, relacionadas com a expressão do pensamento, o direito ao sufrágio e ao voto, a elegibilidade, a constituição e adesão às organizações e associações, o acesso à informação, além de instituições livres, que viabilizem esses e outros desdobramentos com idoneidade.

---

<sup>34</sup> DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: USP, 2005, p. 5-23.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 105-121.

As ideias pluralistas de Dahl<sup>36</sup> sustentam que as soluções práticas em países democráticos não se identificam necessariamente com o princípio da maioria, por vezes, recorrendo à lógica de difícil compreensão, razoavelmente desordenada, mas com certo grau de plausibilidade. Identifica, em diversos modelos democráticos, opções pela construção e manutenção da nação, conjugadas à lealdade e à receptividade dos cidadãos para facilitar a aprovação geral das instituições políticas e, concomitantemente, corresponder às demandas democráticas daqueles.

Apesar da complexidade que se pode presumir de tal construção teórica, o pensamento de Dahl apresenta certos elementos comuns, relacionados com as noções de diversidade e conflito, em que informa precisarem, mesmo os países democráticos, repelir eventuais excessos e agressões à integridade nacional. Ele assevera a persistência de casos em que as minorias acabam se resignando à vontade da maioria e o fazem a partir de um senso comum de nacionalidade. O ideário norteador das políticas públicas releva que certos temas devam ficar fora da autoridade legal de governo para serem submetidos à vontade leiga em busca de entendimentos e de consensos expressos em constituições escritas e rígidas, com vistas a sua proteção.

Outras questões de políticas, diferentemente, devem ser endereçadas às organizações privadas e semipúblicas, em complemento às governamentais de âmbito local. Ao entregar aos indivíduos certa legitimação decisória, contorna-se a custosa, difícil e mesmo tormentosa adoção de políticas uniformes gerais (nacionais); portanto, melhor a opção pela democracia plural, por meio da qual se busca alternativas para desenvolver políticas a partir da agregação de grupos menores de simpatizantes, mas com maior grau de comprometimento.

Por fim, é muito importante conferir aos cidadãos oportunidades de manifestar seus pensamentos, argumentos, vontades e expectativas<sup>37</sup>, uma vez que, diante de situações de potencial dissenso quanto às decisões políticas, abre-se espaço para negociações e, por conseguinte, por meio de confronto dialético de ideias, obter solução alternativa melhor aceita pelos polos em conflito.

Somados esses traços teóricos, depreende-se que o autor entende necessária a limitação da soberania da maioria, na construção de um sistema verdadeiramente pluralístico poliárquico, em que se substitua a clássica opção por um centro único de força soberana, pela alternativa de múltiplos centros de poder, em que nenhum detenha completamente a soberania. Assim, mesmo à vontade da maioria não se pode atribuir a qualificação de soberana absoluta, sob pena de poder

---

<sup>36</sup> Idem. *Sobre a democracia*. 2ª reimpressão. Brasília: UNB, 2016, p. 132-134.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 138.

oprimir legítimas e idôneas minorias. A teoria e a prática do pluralismo, por meio de múltiplos centros de poder, serve para moderar a força, garantindo o consenso de todos para, a partir do confronto de divergências, conduzir à extinção pacífica dos conflitos.

Em razão de um centro de poder ser colocado contra outro, o poder por si próprio será limitado, civilizado, controlado e direcionado aos propósitos humanos decentes, enquanto a coerção, a mais odiável forma de poder, será reduzida ao mínimo [...] Em razão das constantes negociações entre diferentes centros de poder serem necessários a fim de formar decisões, cidadãos e líderes irão aperfeiçoar a preciosa arte de solucionar pacificamente seus conflitos, e não meramente visar o benefício de uma das partes, mas o benefício mútuo de todas as partes em conflito.<sup>38</sup>

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”.

A análise das diversas teorias democráticas foge ao escopo do presente estudo, mas podem ser indicados os seguintes modelos e os respectivos autores representativos das teorias: democracia elitista — Joseph Schumpeter —, democracia pluralista — Robert Dahl —, democracia legal — Friedrich Hayek e Robert Nozick —, democracia participativa — Carole Pateman, Nikos Poulantzas, C. B. Macpherson — e democracia deliberativa — Jürgen Habermas.<sup>39</sup>

Por fim, cabe destacar que a democracia participativa surge como uma forma de reforçar o controle social sobre a atuação estatal e torná-la associada ao papel de efetivação dos direitos fundamentais, objetivos do Estado de Direito em sua acepção participativa.

O constitucionalismo contemporâneo tem exercido um papel importante na proteção e promoção dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais uma vez que o reconhecimento da força normativa da Constituição e a posição de centralidade ocupada pelo homem na ordem jurídica condiciona a interpretação das normas jurídicas e vinculam a atuação dos poderes públicos na concretização dos bens e interesses veiculados.

---

<sup>38</sup> Idem, op. cit., p. 14-24.

<sup>39</sup> NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan Ruas Pereira; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004, p. 25.

Os direitos sociais enquanto veiculado por normas constitucionais gozam de exequibilidade plena, permitindo sejam os bens e interesses que tutelam exigíveis perante o Estado. Em razão disto, observa-se uma tendência progressiva de reconhecimento de sua dimensão subjetiva de forma a garantir a sua concretização no mundo dos fatos.

Cabem, portanto, aos poderes públicos na concretização dos preceitos fundamentais, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais e limitados aos seus respectivos campos de conformação ou discricionariedade, decidirem sobre as questões políticas definindo quais são capazes de atender as necessidades do grupo social.

O Poder Judiciário na sua função contramajoritária exerce o controle dos atos políticos restrito à proteção dos princípios e regras constitucionais em face do interesse da maioria, reconduzindo sempre que possível sua argumentação à razão prática de forma a garantir a legitimidade e a racionalidade de suas decisões, porém, é inevitável a tensão entre democracia e constitucionalismo.

No sistema representativo o campo adequado para o debate sobre a conveniência da decisão política é o controle social através de mecanismos que variam desde a mobilização da sociedade civil na fiscalização da gestão pública até a responsabilização política através de eleições competitivas.

Todavia, por discricionariedade administrativa não se pode mais compreender o espaço amplo de liberdade decisória concedida à Administração Pública na eleição entre os indiferentes jurídicos, inserto na esfera de atribuição concedida pela norma jurídica e de acordo com a formulação dos juízos de conveniência e oportunidade promovidos.

Existem fins esperados e exigíveis da atuação estatal, exteriorizado na realização dos bens e interesses fundamentais da sociedade veiculados pela Constituição, inclusive, com a definição de prioridades e dispêndio dos recursos estatais, que vinculam os poderes públicos construindo no espaço de sua atuação limites objetivos invioláveis.

Transmuta-se, portanto, a concepção da discricionariedade administrativa de uma ampla esfera de escolha na persecução do interesse público não sujeito a controle pelos poderes públicos a um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais, sujeita a controle exercido pelo Poder Judiciário.

Isto importa no estreitamento do mérito administrativo pelos procedimentos técnicos e jurídicos definidos pela Constituição ou lei que permitam o exercício da opção política capaz de garantir a otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa com a integração nos limites de sua competência ao atendimento do interesse público.

Sob este prisma, busca o presente trabalho demonstrar a possibilidade de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, no que tange as políticas públicas que buscam implementar os direitos sociais, de forma a tutelar através de um juízo de legalidade e de proporcionalidade, os respectivos direitos fundamentais de segunda geração.

De início, aborda-se a questão da exigibilidade dos direitos sociais, de modo a delimitar o núcleo a ser garantido pela tutela judicial, na busca pela efetividade do preceito constitucional que seja passível de minimizar a eventual problemática da legitimidade e contribuir na preservação dos valores democráticos.

Após, são vistas as políticas públicas de modo a delimitar a ação governamental na esfera administrativa como forma de concretização dos bens e serviços necessários a sua fruição dos direitos sociais, verificando as limitações e a sua respectiva sujeição ao controle em esferas adequadas.

Por fim, a análise concentra-se nos limites à discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais, de forma a delimitar standards que permitam garantir a concretização dos direitos sociais sem que signifique em desconsiderar o espaço de decisão administrativa.

Estabelecidas as políticas públicas, com a vitória dos grupos de interesse representados no jogo democrático, passa-se à sua fase seguinte: sua implantação. Um conjunto de ações a serem realizadas por agrupamentos ou indivíduos direcionadas à consecução dos objetivos estabelecidos em decisões políticas anteriores, cuidando de transformar o que foi posto no papel em atos materiais. Transformar a política pública que entrou na agenda do Estado num resultado concreto. A implantação torna-se uma questão problemática, mormente quando o tempo de resposta do Estado não se ajusta à premente necessidade do cidadão. A burocracia – em seu sentido vulgar – emperra a Administração Pública, e a torna ineficiente à consecução dos mais lícitos direitos sociais.

Buscando ofertar ao aplicador do direito uma base – um calço, talvez... – num terreno tão pantanoso, pode-se assegurar, que a atuação do Poder Judiciário, quando provocado pelo cidadão ou mesmo por entes privados (associações) ou públicos (Defensoria e Ministério Público, especialmente), será legítima quando a política pública, que se queira ver implantada com o mandamento do Poder Judiciário, puder ser compreendida como relativa ao mínimo existencial, asseguradora de um status de dignidade ao ser humano. Na atualidade, pode-se afirmar que políticas públicas que versem acerca dos direitos sociais fundamentais a moradia, saúde, educação e segurança pública merecem contar com elevado grau de proteção judicial.

Quando algo vai mal – total omissão ou mau funcionamento da prestação estatal por parte do Executivo -, a porta a bater que resta é a do Poder Judiciário.

O tema “políticas públicas” provoca um entrelaçamento entre o direito administrativo e o direito constitucional, configurando um grau mais elevado de exigibilidade das condutas da Administração e, portanto, uma atuação mais dinâmica do Judiciário na garantia da sua implantação, refletindo, por consequência, numa nova compreensão do mérito administrativo e de sua sindicabilidade. Há inegável gradação entre a atuação genérica da Administração Pública – atividade meio ou ainda atividade fim – e sua atuação quando omissa ou ineficiente na garantia de direitos sociais fundamentais asseguradores do mínimo existencial. Aqui, propriamente, reside uma nova perspectiva de atuação do Judiciário.

Cabe destacar, que conforme já foi apontado acima, há decisões nos tribunais, como na Medida Cautelar na ADPF 45<sup>40</sup>, publicada 29.04.2004, quanto à possibilidade de interferência do judiciário para implementação de políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais.

### **1.3. Política Pública como uma norma programática**

No Estado liberal do século XIX, a Constituição disciplinava somente os direitos individuais e o poder estatal. Atualmente o Estado Social ampliou sua esfera de incidência, pois regula o poder estatal, a sociedade e o indivíduo.

Ao analisar a relação entre a Constituição e a realidade político-social, percebe-se que esta deve corresponder às expectativas dos indivíduos a quem se dirige além de gerar condições para a satisfação das necessidades de uma sociedade em geral. Para tanto, o Estado torna-se o meio apropriado para realizar a proteção da sociedade, assegurando direitos que concernem à melhoria da vida, igualdade material e econômica. Importante se faz que a Constituição esteja inserida num contexto de espaço e tempo, conciliando Estado e Sociedade.

A Constituição deve ser interpretada utilizando-se o seu texto formal e as características históricas, políticas, culturais, ideológicas do momento de sua criação, para um maior entendimento do aspecto sociopolítico-econômico, facilitando a percepção do melhor sentido da norma e tendo em vista sua plena eficácia. Toda norma jurídica tem caráter imperativo, e aquelas que compõem uma Constituição formal têm uma imperatividade maior, suprema, absoluta independentemente de seu conteúdo, porquanto são derivadas do Poder Constituinte e por isso dotadas de supralegalidade. Essa característica é imprescindível para a proclamação da natureza jurídica constitucional, ocorrendo, sem ela, a quebra de sua unidade normativa.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC-ADPF n.º 45*. Min. Celso de Mello. Dj: 29/04/2004. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/> > Acesso em: 21 fev. 2020.

Indubitavelmente percebe-se que as normas que indicam fins ao Estado e estabelecem programas a serem atingidos e princípios a serem cumpridos, são dotadas de imperatividade igualmente a todas as outras normas presentes na Constituição.

Facilmente se pode identificar as normas programáticas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são exemplos a prestação de serviços de saúde, cultura, desporto, ciência e tecnologia pelo Estado; regulamentação dos serviços públicos; justa distribuição de terras; política agrícola fundiária e de reforma agrária; propriedade em sentido social; e intervenção do Estado na economia.

A doutrina, em geral, apresenta diversas regras de hermenêutica quanto às espécies e aplicabilidade das normas Constitucionais, separando-as em relação à sua eficácia. A classificação mais tradicional é a de José Afonso da Silva<sup>41</sup> que interpretou da seguinte forma: normas constitucionais de eficácia plena, que produz efeitos imediatos desde a entrada da Constituição em vigor; normas constitucionais de eficácia contida, em que o legislador deixou margem à possibilidade de restrição por parte dos limites estabelecidos por lei; normas constitucionais de eficácia limitada, as quais têm aplicabilidade mediata, reduzida e indireta porque somente após lei infraconstitucional que a integre é capaz de produzir seus efeitos. Subdividem-se em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Maria Helena Diniz<sup>42</sup> classifica as normas constitucionais em: i) normas supereficazes ou com eficácia absoluta as quais são intangíveis, não podem ser emendadas e têm efeito paralisante sobre qualquer legislação que vier a contrariá-las; ii) as normas de eficácia plena incidem imediatamente sem necessidade de posterior legislação complementar, porém são emendáveis; as normas com eficácia relativa restringível têm aplicabilidade imediata ou plena, mas sua eficácia pode ser reduzida nos limites que a lei estabelecer; iii) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa produzem efeitos mediatos porque somente através de lei complementar ou ordinária o direito é exercido, porém são dotadas de eficácia paralisante sobre qualquer norma incompatível ou impeditiva de conduta contrária. Dividem-se em normas de princípios institutivos e normas programáticas.<sup>43</sup>

Comum entre ambos os doutrinadores acima mencionados é a definição de normas de princípios institutivos e as normas de princípios programáticos. As primeiras dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos para que tenham aplicabilidade plena ou imediata.

---

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

<sup>43</sup> *Ibidem*.



As segundas são aqueles princípios e programas a serem cumpridos pelo poder público que serão desenvolvidos mediante lei infraconstitucional.

Importante também a classificação normativa de Gilmar Mendes<sup>44</sup> quanto à executoriedade das normas constitucionais, quando delibera que quanto à sua eficácia e aplicabilidade, as normas podem ser autoexecutáveis e não-autoexecutáveis. As primeiras são aquelas bastantes em si, completas e precisas, que administram os meios pelos quais se possa proteger ou exercer o direito que conferem ou cumprir o dever ou o ônus por elas impostas. Opostamente segue a definição da segunda espécie caracterizadas como incompletas ou insuficientes, perfazendo-se indispensável a atuação do legislador para promover sua execução. Neste sentido, enquadra-se a norma programática.

Em contrapartida à doutrina clássica concernente à eficácia das normas constitucionais, o professor J.J. Gomes Canotilho<sup>45</sup>. defende pela ruptura da atual classificação e apregoa a “morte das normas programáticas” como asseverado em seu ensinamento:

Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.

Deste modo, entende-se o pensamento do constitucionalista português sustentador de uma sistematização igualitária de todas as normas constitucionais. Portanto, o insucesso da programaticidade de normas não deve ser atribuído à sua existência e sim à sua forma de entendimento, que finda por se tornar errôneo ao projetar que somente será eficaz a norma programática dotada de complementação infraconstitucional.

As leis constitucionais programáticas estão intrinsecamente atreladas aos princípios estruturantes da justiça e do Estado Social e, portanto, à tese dos direitos fundamentais, auxiliando como parâmetro para interpretação destes. À medida que não fundam institutos nem determinam diretamente o cerne das relações jurídicas em que se imiscuem, seu preenchimento tem como fim por dotar uma elasticidade à Constituição, permitindo sua projeção quanto à realidade social e econômica e tornam-se programas a serem realizados paulatinamente à evolução do Estado. São consideradas princípios-fim voltados para a realização da justiça social.

---

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 178.

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1102.

Dessa forma, muitas dessas normas estão inseridas em princípios, sintetizando programas e linhas de pensamento político a fim de que o legislador ordinário se encarregue de prover meios para que possa se tornar uma realidade.

Nestes termos, a professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>46</sup> afirma:

As normas programáticas impõem ao Estado o cumprimento de certos fins, a consecução de certas tarefas de forma a realizar certos princípios ou objetivos, fazendo surgir, por consequência, a necessária proteção dos interesses subjetivos que daí dimanam, proteção esta que pode ocorrer ora de modo direto, quando o interesse geral coletivo fica em segundo plano; ora indiretamente, quando o interesse coletivo encontra-se em primeiro plano, e o individual só será protegido reflexamente, em decorrência da promoção do interesse geral.

Portanto, a norma constitucional estabelece apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados.

No entanto, apesar da característica programática insculpida no referido preceito constitucional, entende-se que tais normas devem, ao menos, assegurar o mínimo de existência condigna aos indivíduos, na sua vida em sociedade. Assim, o mínimo existencial deve ser garantido de plano por tais normas, independentemente de sua implementação por meio de políticas públicas. Do contrário, as normas programáticas não passariam de meros programas políticos ou apelos ao legislador, sem qualquer grau de vinculação jurídica.

---

<sup>46</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

## 2. CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

A possibilidade do controle jurisdicional do ato discricionário é tema de muito debate. Discute-se até que ponto o Poder Judiciário pode revisar o ato da Administração Pública praticado sob a luz da discricionariedade. Admite-se o controle do ato discricionário pelo julgador desde que ele não reexamine o mérito, em razão do princípio da separação de Poderes.

A lei permite à Administração atuar discricionariamente para decidir, diante do caso concreto, pela solução que melhor atenda aos interesses da coletividade. Nem sempre o legislador tem como prever, quando confecciona a lei, qual seria essa solução. Cabe ao administrador público, com fundamento no juízo de conveniência e oportunidade, fazer a escolha apta a satisfazer a finalidade pública.

O ato discricionário tem de estar de acordo com a legalidade. A liberdade conferida pela norma não permite o arbítrio. A conveniência e a oportunidade têm limites. Embora a norma administrativa conceda essa liberdade de atuação ao administrador, o ato discricionário deve obedecer à previsão legal, bem como aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Os meios empregados pela Administração devem ser proporcionais para atingir a finalidade pública.

Alguns dos elementos do ato discricionário estão descritos na norma jurídica, quais sejam, competência, finalidade e forma. Os demais, motivo e objeto, não estão descritos exaustivamente, demandando do administrador a complementação no caso concreto, limitado pela sua margem de liberdade.

O ato discricionário é praticado com fundamento em três elementos concorrentes: margem de decisão do administrador, ponderação de valores e complementação da norma jurídica aberta. O ato discricionário é aquele produzido pelo administrador público com suporte em norma que lhe confere a possibilidade de escolha entre várias soluções passíveis de serem adotadas no caso concreto, inspirado no interesse da coletividade e nos princípios constitucionais da Administração Pública.

No direito administrativo brasileiro, prevalece o entendimento<sup>47</sup> de que o ato discricionário é imune ao controle judicial — insindicabilidade do mérito administrativo. Recentemente, tem crescido a corrente defensora da possibilidade do controle da discricionariedade, especialmente no que se refere à parte vinculada do ato (competência, finalidade e forma), não se podendo questionar o mérito (oportunidade e conveniência), por

---

<sup>47</sup> Esse é o entendimento esposado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Netto, Luis Oliveira Castro Jungstedt. Em pensamento contrário, Gustavo Binenbojm.

fazer parte da esfera de liberdade do administrador. Porém, existe uma outra corrente<sup>48</sup> que defende a possibilidade, inclusive, de controle judicial do mérito administrativo.

A necessidade de dinamizar a atividade estatal faz com que se assegurem espaços de liberdade casuística por parte no administrador, de modo a evitar uma administração estanque.

Esse espaço é denominado “discricionariedade administrativa”, por meio do qual se objetiva afastar uma possível automatização do comportamento da administração, que poderia dar causa a uma atuação estatal em descompasso com o interesse público.

A discricionariedade administrativa pode ser conceituada como uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica vigente; ou mesmo, como a faculdade de que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito<sup>49</sup>.

Essa margem de livre apreciação concedida ao administrador público teve diferentes valorações ao longo do tempo, com uma tendência em se ver reduzida. Foi com o advento do Estado de Direito que se consagrou a submissão da administração pública ao princípio da legalidade e quando foi desenvolvida a ideia de que mesmo a discricionariedade administrativa teria lugar apenas se fundamentada na lei.

Dentro dessa lógica, a liberdade concebida à administração pública para atuar passa a ser compreendida como uma possibilidade a ser exercida apenas quando prevista pelo ordenamento jurídico. Não se trata de um poder ilimitado, mas de uma ação administrativa autorizada e limitada pela lei.

Atualmente, no entanto, com a consagração do Estado Democrático de Direito, a discricionariedade administrativa sofre uma redefinição de seus contornos. É o que se verifica no Brasil, diante do advento da Constituição de 1988.

Tanto o princípio democrático quanto os valores essenciais que estruturam o sistema jurídico, tendo por base a proteção de garantias e direitos fundamentais, passam a ser fundamentos do Estado brasileiro. Nesse processo, a Constituição foi elevada ao centro do ordenamento jurídico, concretizando um amplo processo de constitucionalização do direito. Luís Roberto Barroso<sup>50</sup> compreende esse fenômeno como decorrente de uma ideia associada a

---

<sup>48</sup> BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário*. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 199. Para Ana Carla Bliacheriene, o controle judicial pode perquirir inclusive as escolhas eminentemente administrativas, como alocação orçamentária, quando em desconformidade ao Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa, incluído pela Emenda Constitucional n.º 19/1998.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379.

um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

A irradiação do Direito Constitucional nos demais ramos do Direito resulta em uma releitura de seus institutos à luz do Estado Democrático de Direito. No tocante à administração pública, a constitucionalização do Direito Administrativo sugere a substituição da vinculação da administração não mais à lei, mas à Constituição.

Afirma Gustavo Binbenbojm<sup>51</sup> que deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. Desse modo, consolida-se a ideia da vinculação da administração não somente ao princípio da legalidade, mas à chamada “juridicidade administrativa”.

O referido autor<sup>52</sup> explica que a ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora.

Nesse sentido, a força emergente das normas constitucionais estreita a relação entre a Constituição e a administração pública, permitindo uma vinculação não apenas à legalidade, mas à juridicidade administrativa. Assim, os princípios e regras constitucionais tornam ainda mais denso o espaço de decisão do administrador, reduzindo de plano a discricionariedade administrativa e refletindo nas possibilidades de controle judicial.

Cumprido destacar que o judiciário não controla o uso correto da discricionariedade, cabendo a sua intervenção no uso abusivo ou ilegal da discricionariedade.

## **2.1. Princípio da Legalidade e Princípio da Juridicidade: alguns apontamentos**

O princípio da legalidade para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>53</sup> “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumento de fiel e dócil realização das finalidades normativas”. Dessa forma, todos os agentes públicos devem respeitar tal princípio, pois, trata-se de alicerce de todas as condutas na administração pública, dando, assim, licitude

<sup>51</sup> BINENBOJIM, op. cit., 2013, p. 39.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>53</sup> MELO apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 22.

aos atos na administração. Dessa forma, tal princípio é utilizado para controle da população nas atividades administrativas coniventes com a lei, realizadas pelos diversos agentes públicos.

O princípio da legalidade encontra-se expresso no artigo 5º, da CRFB/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e é um dos princípios fundamentais do direito administrativo, pois se encontra previsto no art. 37, *caput*, da CRFB/88<sup>54</sup>.

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um “princípio da legalidade”, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica.

Conforme afirma Binjenbojm<sup>55</sup>, “a ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a englobar o campo da legalidade administrativa”, como um de seus princípios internos, mas não mais em posição de destaque como anteriormente.

Nesse sentido, a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, segundo a lei, quando esta for constitucional — atividade *secundum legem* —, mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei — atividade *praeter legem* —; ou, eventualmente, legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais — atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição.

O princípio da juridicidade, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para configurar-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de extrema relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade.

## **2.2. Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados: há alguma relação entre esses institutos?**

Os conceitos jurídicos indeterminados, que parecem tão distantes na doutrina e jurisprudência administrativa, há muito circundam o Direito Privado ou mesmo o Público, pois quem nunca leu um artigo ou decisão onde as expressões: mulher honesta, bem comum, boa-fé

<sup>54</sup> BRASIL, op. cit., nota 26. “Art. 37, caput, CRFB/88: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”

<sup>55</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.37-38.

estavam presentes? O que na verdade nunca causou tanta estranheza para os intérpretes do Direito.

Thêmis Limberger<sup>56</sup> explica que:

a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei, e conferidos ao critério subjetivo do administrador. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal.

Em sentido contrário, Andréas J. Krell<sup>57</sup> afirma que:

parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal.

E, sintetizando o tema, Medauar<sup>58</sup> explica o seguinte:

Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundadas na noção, o poder discricionário se exerce.

Os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, embora não se confunda a discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados, percebe-se que ambos são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas carecedoras de complementação. Após a interpretação do conceito jurídico indeterminado, não há uma relação necessária de se o administrador se verá diante de uma hipótese de ato vinculado ou ato discricionário. A diferença entre ambos se dá, então, que a incerteza do conceito jurídico indeterminado estará findada após a interpretação, momento em que o administrador poderá ou não se ver diante de uma atuação discricionária. Portanto, a indeterminação do conceito jurídico indeterminado se dará num momento inicial, enquanto do ato discricionário, no momento da

<sup>56</sup> LIMBERGER, Thêmis. *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 111.

<sup>57</sup> KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.35.

<sup>58</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 115.

aplicação do ato. Vê-se, portanto, que a vinculação é diminuída decorrente do espaço deixado ao administrador para a apreciação e escolha dos meios adequados à solução aos casos concretos.<sup>59</sup>

Adverte, entretanto, Binenbojm<sup>60</sup>, que a doutrina acerca dos conceitos jurídicos indeterminados foi bastante combatida nos anos 70 na Alemanha, origem dos estudos acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, pois houve uma “excessiva e indesejável” judicialização da atividade administrativa. Nesse sentido, ganhou proeminência a posição adotada por Otto Bachof e sua teoria da livre apreciação ou também conhecida como teoria da folga.

A teoria da livre apreciação consiste no processo de interpretação e aplicação de determinada categoria de conceitos indeterminados, certa margem de liberdade — uma certa margem de apreciação — que refoge ao controle jurisdicional.<sup>61</sup>

Portanto, verifica-se que discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados tem sim uma relação, contudo a adoção pela doutrina da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados foi realizada de forma acrítica e está-se vivenciando uma dificuldade em superar certos óbices acerca dessa aplicação. Os ensinamentos de Binenbojm<sup>62</sup> apontam um caminho de como lidar com os conceitos jurídicos indeterminados.

### 2.3. Discricionariedade Técnica: um limite

A origem do termo discricionariedade técnica deve-se a E. Bernatzik, que traça a primeira sistematização da teoria da duplicidade. Ele constatou que as situações previstas em alguns conceitos indeterminados empregados na lei só poderiam ser afirmadas depois de um complicado processo em cadeia, que chamou de discricionariedade técnica.<sup>63</sup>

Embora tenha se originado no direito de expressão alemã, no debate sobre a existência de discricionariedade na definição dos conceitos legais indeterminados, o tema da discricionariedade técnica experimentou uma pujante evolução no direito italiano, no qual se propôs a distinção entre *discrezionalità tecnica* e *accertamento tecnico*, conforme o nível de certeza oferecido pela ciência, técnica ou arte envolvida na definição do conceito. Dessa forma,

---

<sup>59</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 225.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 230.

<sup>62</sup> Ibidem. Obra completa.

<sup>63</sup> KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.



a definição do teor de álcool no sangue, em um exame clínico para atestar embriaguez, é um *accertamento técnico*. Por outro lado, a verificação de que um determinado imóvel pode ou não ser classificado como patrimônio histórico poderá envolver discricionariedade técnica.

No primeiro caso, trata-se de simplesmente acertar condições de fato consistentes em uma qualidade ou atributo de natureza técnica, razão pela qual não entra a questão da discricionariedade, diferentemente da última hipótese descrita. Segundo a doutrina tradicional italiana, a discricionariedade técnica seria um dos perfis do mérito do ato administrativo e, por isso, não estaria, em princípio, sujeita a controle jurisdicional. Pietro Virga é um dos defensores da existência de uma discricionariedade técnica, que se afirma como uma margem de escolha administrativa infensa ao controle judicial.<sup>64</sup>

Por outro lado, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara<sup>65</sup> afirmam o seguinte: em respeito à presunção de legitimidade dos atos administrativos, não se mostra possível que o juiz (ou outro órgão de controle), no exame fático, desconsidere fundamentos técnicos apresentados pela Administração em favor de argumentos contrários, também de índole técnica, levantados por particulares ou por auxiliares, como os peritos. Os autores consideram que se o juiz pode, sim, avaliar questões técnicas, não pode, contudo, tomar para si opções técnico-políticas. Assim, se há mais de uma técnica possível a seguir, a escolha entre elas cabe à discricionariedade da Administração. Essa é uma questão de mérito administrativo, acerca da decisão mais conveniente e adequada. O que não autoriza falar em ausência de controle, mas de limites ao controle. É uma tentativa de assegurar que o interesse público não sucumba diante da mera desconfiança a respeito da procedência do ato administrativo que o alberga. Perante o impasse, a única solução juridicamente plausível, por respeitar o sistema de aplicação e de controle dos atos administrativos, é manter a eficácia do ato impugnado perante o órgão de controle.

A discricionariedade técnica, por sua vez, relaciona-se diretamente às agências reguladoras. Entes técnicos por excelência, as agências reguladoras têm como incumbência a edição de uma série de normas administrativas, baseadas em critérios técnicos e científicos. Quando a lei se utiliza de conceitos indeterminados (perigo à saúde, atos nocivos à concorrência, produto tóxico, drogas etc.), cabe à agência reguladora, por meio da discricionariedade técnica, definir esses conceitos.

---

<sup>64</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 3. ed. Belo Horizonte; Fórum, 2017, p. 226.

<sup>65</sup> SUNFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 117-126, maio/agosto 2008.

Nas precisas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>66</sup>, ao diferenciar discricionariedade administrativa de técnica:

No caso da discricionariedade técnica essas alternativas não existem, porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência. Daí a importância da especialização própria das agências reguladoras.

Percebe-se, assim, que o termo "discricionariedade" na discricionariedade técnica é um tanto quanto impróprio, já que o fundamento do ato administrativo é técnico/científico, passível, portanto, de controle judicial. Tal expressão, inclusive, é criticada por grande parte da doutrina, que creem mais adequado o termo "exercício técnico do poder delegado".

A expressão discricionariedade técnica não é recente, remonta à metade do século XIX, e foi utilizada para designar os atos administrativos que, vinculados, apresentavam alta complexidade técnica, razão pela qual não poderiam ser controlados pelo Poder Judiciário.<sup>67</sup>

Enquanto a discricionariedade se refere a um poder que implica, juntamente, um juízo e uma vontade, a discricionariedade técnica se reporta a um momento cognitivo e, por isso, acarreta somente um juízo, podendo, posteriormente, envolver ou não uma separada apreciação discricionária. Exemplificando, tem-se que a consideração sobre a natureza tóxica de uma substância decorre de uma apreciação técnica sobre a qual os órgãos administrativos não possuem competência para dispor sobre adotá-la ou não.

No entanto, afigura-se possível que uma norma disponha que, uma vez se concluído pela existência da natureza tóxica de um produto, a autoridade (a mesma que formulou tal juízo ou outra) venha determinar a sua retirada do comércio, ou ordenar a sua destruição, ou proibir-lhe a sua utilização, ou permitir o seu emprego mediante cautelas especiais e assim por diante.

Há, assim, discricionariedade apenas quanto à providência a ser adotada ao depois da constatação técnica. Diferentemente, poderia o legislador dispor que, em verificada a toxicidade de uma substância, deverá ser ordenada a sua destruição. Neste caso, não há discricionariedade nem mesmo quando a providência a ser adotada após o juízo técnico, estando o administrador, quando muito, livre para decidir sobre o modo como efetuar tal medida.

<sup>66</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público – IBDP, número 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>67</sup> CAVALI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro. FGV, n.º 251, 2009, p. 61-76.

## 2.4. Direitos Fundamentais e controle de discricionariedade

No estudo dos direitos fundamentais, o primeiro óbice que se apresenta é a própria delimitação do objeto de estudo, pois, se existem direitos fundamentais, é certo que existem direitos não-fundamentais. A grande dificuldade está em identificar o elemento diferenciador desses dois grupos de direitos. Nesse sentido, duas acepções são dominantes entre os juristas para estabelecer essa distinção.

A primeira adota um critério formal, levando em consideração a posição topográfica que esses direitos ostentam na Constituição Federal, bem como nos tratados internacionais. Ressalta-se que, nessa acepção, os direitos só aparecem como fundamentais depois que as autoridades às quais se atribui o poder político legislativo tenham reconhecido sua positividade. Deste modo, entende-se que existem e devem existir direitos humanos, anteriores e fora do direito positivo, mas não haveria direitos fundamentais senão a partir da sua incorporação pelo ordenamento jurídico.

A segunda acepção vincula-se a um critério material, no sentido de identificar como fundamentais aqueles direitos que tutelam os valores mais elevados da sociedade em um determinado tempo, e que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa ao ser humano, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, atribuindo um caráter ético aos direitos fundamentais, no sentido de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância, pois são condições necessárias para o desenvolvimento integral da personalidade humana.

Há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária –, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais. Esse limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”.

Robert Alexy<sup>68</sup> define esse termo como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Para esse autor, isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar esse direito. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

---

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 498.

A “reserva do possível” tem sido objeto de estudos também na doutrina brasileira. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo<sup>69</sup> trabalham com dimensão tríplice da reserva do possível: (i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido . Para esses autores, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos.

Cumprido, também, destacar que a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado. Pode-se afirmar que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público.

---

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

### 3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No Estado Constitucional, a função do Judiciário é garantir direitos, ainda que essa definição seja simplificadora. Então, a estrutura institucional do governo teria no Judiciário um aliado eficiente e eficaz, que funciona como mecanismo para fiscalizar quando uma prática administrativa (ou a omissão administrativa) está resultando em negação de Direitos Fundamentais. Por serem esses direitos controvertidos, ambíguos, ou de difícil materialização, não é simples perceber quando uma política pública, sua inexistência, ou, ainda, sua insuficiência, estão protegendo ou atacando Direitos Fundamentais. A dificuldade, então, recomenda cautela ao se definir o papel do Judiciário no campo das políticas públicas, pois ao mesmo tempo em que se percebe a necessidade o Judiciário atuar nesse âmbito, considerando sua função política e também sua capacidade de julgamento de direitos, também é razoável levar em conta a sua limitação organizacional e funcional para resolver todos os aspectos de situações complexas, especialmente nos aspectos que tangenciam as atribuições dos Poderes.

Cumprir destacar que o papel do Poder Judiciário de interferência no campo das políticas públicas será subsidiário, visto que, embora haja a possibilidade de sua interferência para a boa fruição dos direitos fundamentais, não é a sua função precípua.

Em princípio, o acerto ou desacerto da política pública adotada não poderá ser objeto de controle judicial, especialmente porque o governante foi eleito e representa a vontade popular, sob pena de afronta ao princípio democrático, salvo nos casos de políticas públicas teratológicas ou em flagrante contrariedade à Constituição.

Portanto, o controle judicial sobre as políticas públicas seria impróprio, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo, conforme lição de Canotilho<sup>70</sup>:

O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova as dificuldades do controlo das políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e ações adoptadas pelo Governo para influir sobre o problema. Os juizes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termo democrático processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de ação. Pode censurar-se, através do controlo de constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça

---

<sup>70</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 946.

A polêmica sobre o controle judicial de políticas públicas pode ser sintetizada na seguinte indagação<sup>71</sup>:

Uma vez que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do Poder Público – e, portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder –, como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo?

Sem o devido cuidado, pode-se ter uma situação em que, ao mesmo tempo as demandas sociais não são atendidas, por consequência os direitos fundamentais são desrespeitados, e estabelece-se um conflito entre os três Poderes em função de uma situação não resolvida de invasão de competências.

Assim, discutem-se a seguir alguns dos mais relevantes argumentos levados em consideração quando se pensa na intervenção do Judiciário na elaboração, implantação e controle de políticas públicas.

Segundo esse argumento, o Judiciário não está em condições legais, factuais e de competência para substituir o Executivo, órgão administrador, na determinação de prioridades de disponibilização de recursos frente às demandas sociais. A base desse argumento é a noção de que a Administração Pública está mais adequadamente equipada para decidir em quais setores serão feitos os dispêndios e investimentos usando recursos orçamentários finitos. Ainda, estaria a Administração Pública melhor equipada para determinar a maneira mais eficiente de implantar as decisões tomadas. A priorização das demandas, sua adequação aos legítimos objetivos políticos da Administração Pública ante a escassa disponibilidade orçamentária substancia a chamada Reserva do Possível, ou seja, onde direitos são realizados na medida da disponibilidade e possibilidade de alocar recursos, de acordo com o que elegem os entes representativos como prioridades na sua comunidade política e que devem ser protegidos.

Se levada a cabo essa lógica, um problema grave seria reconhecer um direito concretamente a alguém, especialmente concedendo-se benefícios, negando o mesmo direito (ou até mesmo outros de igual importância) a outras pessoas que sequer seriam identificadas em dado processo.<sup>72</sup>

Entretanto, refutando tal argumento, tem-se que a intervenção judicial na elaboração e controle de políticas públicas não retira da instância administrativa o poder de determinação e

---

<sup>71</sup> BUCCI, op. cit., p. 23.

<sup>72</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 49.

de gestão do conflito inerente a essas políticas públicas. Muito pelo contrário: tem o papel de aprofundar a questão, forçando o Poder Executivo (e o Legislativo, algumas vezes) a encará-lo com toda a seriedade e celeridade necessárias a destinar recursos na busca da solução do conflito ou provimento do direito. Assim, com celeridade, e eficiência, ficam majoradas as chances de que o Executivo consiga prover e concretizar Direitos a uma gama maior de pessoas, pois que suas atividades terão mais recursos disponíveis.

Uma interferência judicial com essa mentalidade pode tanto promover a real transparência sobre o orçamento por meio de escrutínio público - ao exigir destinação e previsão detalhada de recursos para a implantação de políticas adequadas - quanto reduzir o impacto na organização financeira da Administração Pública, pois assim se exigirá uma programação mais perene e sistemática de orçamentos públicos.

Nesse sentido, é importante tecer uma observação: a já existência de política pública, mas de forma ineficaz, poderá também ser levada ao crivo do Poder Judiciário, uma vez que se trataria de uma inconstitucionalidade parcial por omissão, que deverá ser sanada. Nessa hipótese, ainda, não se trataria de ingerência do Poder Judiciário na seara administrativa, mas em dar cumprimento àquilo que a própria Administração Pública criou.

O principal limite técnico apontado pelos opositores do controle judicial de políticas públicas tem sido a dificuldade de o Judiciário prever todas as consequências de uma intervenção sua. De fato, há motivos para o ceticismo com relação à capacidade do Judiciário de antecipar todas as consequências de uma intervenção em larga escala. Sunstein<sup>73</sup> afirma que raramente há tribunais especializados nas áreas de conhecimento sob disputa e, portanto, deturpa-se a compreensão dos efeitos complexos e imprevisíveis da intervenção judicial; o conhecimento profundo dessas áreas é, muitas vezes, crucial, mas também inacessível aos juízes, ao menos no tempo necessário para a solução do conflito. O risco que existe é de uma intervenção judicial resultar em efeitos prejudiciais não intencionais.

Entretanto, a omissão seria igualmente perversa nesse sentido; efeitos negativos e imprevisíveis podem, com igual probabilidade, ocorrer como consequências de omissões que se revelam catastróficas. O risco de danos indesejados, então, é equivalente em qualquer um dos caminhos a seguir.

---

<sup>73</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 190.

Não se descartam as dificuldades de o Judiciário ter domínio completo dos fatos e dados de um problema a ele levado. Entretanto, já instalado o litígio acerca de uma política pública ou falta dela, os danos e ofensas a direitos têm um caráter real, histórico, pois já estão instalados, e esses fatos deveriam afastar a oposição à intervenção do Judiciário sob o argumento da possibilidade de um cenário diferente indesejado. Ora, com o receio de um novo problema não se pode aceitar passivamente um problema já instalado.

Destaca-se que os direitos fundamentais, e a sua eficácia irradiante condiciona e baliza a discricionariedade administrativa. Portanto, é certo que a presença dos direitos fundamentais como núcleo central do ordenamento jurídico, estreitará as margens da discricionariedade por parte do administrador. Constata-se, portanto, o fenômeno do estreitamento do mérito administrativo. A depender da hipótese de estreitamento, ela poderá ser reduzida a zero.

Nesse sentido<sup>74</sup>:

A discricionariedade significa que a Administração pode escolher entre alternativas diferentes, todas elas conforme ao direito; todavia, em um determinado caso, ela poderia deparar-se com a redução de sua possibilidade de escolha a uma alternativa, se todas as outras resultarem vedadas por incidência de princípios.

Nos casos de alta complexidade não pode também o Judiciário ir além de suas capacidades técnicas, nem pretender ter sempre todas as respostas, e o melhor caminho é o Judiciário, mais do que ouvir, intervir com a real utilização da experiência das partes. Pode-se, para isso, utilizar uma técnica processual que permita o diálogo participativo e a avaliação objetiva das situações problemáticas em análise, ou seja, a autocomposição das demandas em sede de política pública, e em que as partes possam<sup>75</sup>:

por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca”.

Uma autocomposição que fosse estimulada e mediada pelo Judiciário poderia abrir mão da resolução total e abrangente da questão, e possibilitar soluções intermediárias, escalonadas, faseadas, que fossem capazes de conter grandes desvios observados em seus efeitos assim que observados. A mediação e a conciliação poderiam facilitar o impulso judicial em etapas e sempre que fosse necessário.

<sup>74</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 245.

<sup>75</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: \_\_\_\_\_ (org.) *Estudos em arbitragem, Mediação e negociação*. V. III, 2004, p. 134.



Mesmo que admitido que a governança do orçamento público não possa constituir um impedimento absoluto e definitivo para a interferência judicial, e mesmo que se admita que o Judiciário tenha meios de superar as barreiras da especialização, há ainda de se considerar o argumento de que a gestão desse orçamento deva ser feita em nome do público, e por quem é seu representante eleito e, portanto, politicamente legitimados; ainda esse argumento defende que os juízes não possuem legitimidade por terem participado do processo eleitoral e não serem diretamente responsabilizáveis, como são os agentes políticos dos demais Poderes.

O princípio da separação de poderes sustentaria a competência do Executivo de decidir sobre a alocação de recursos. Por ser um dos argumentos mais áridos nesse debate, cabe aqui um aprofundamento da questão.

Com a separação entre discricionariedade da decisão e discricionariedade de escolha, poderá ocorrer de um ser reduzido a zero, enquanto o outro não. Nesse sentido, poderá o administrador não ter discricionariedade quanto ao se agir, mas continuará sendo discricionário o ato de como agir. Essa configuração poderá acontecer precipuamente quando a possibilidade de ação estiver relacionada com os direitos fundamentais, de modo que a vinculação imediata do poder discricionário a eles, a depender do caso, não possibilita a discricionariedade à administração sobre a possibilidade de agir – não se trata de faculdade –, mas à maneira como proceder.

As políticas públicas, portanto, não integram terreno vedado à fiscalização do Judiciário, podendo ser avaliadas pelos juízes, desde que estes adotem técnicas jurídicas capazes de tornar essa avaliação viável, dando legitimidade e consistência ao controle da administração. Entre as técnicas já consagradas, estão as teorias dos motivos determinantes – razões de direito ou considerações de fato, avaliadas de modo objetivo, sem a influência das quais o órgão administrativo não teria manifestado sua vontade nos termos colocados, ou premissas das quais se extrai a conclusão, que é a decisão administrativa – e do desvio de finalidade, manifestado quando a prática do ato administrativo, baseada na atitude do agente, volta-se a uma finalidade de interesse privado, ou até a outro fim público, mas estranho às previsões normativas, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Vários dispositivos legais do ordenamento brasileiro contemplam essas técnicas, como nas Leis da Ação Popular e do Procedimento Administrativo, entre outras, também consagradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Neste raciocínio, torna-se imperioso ter presentes as mudanças registradas nas últimas décadas, com relação à rigidez do princípio da separação dos poderes, o qual já não pode ser

observado sob a ótica de uma espécie de fundamentalismo religioso, mais retórica do que objetiva, e abrangendo somente alguns aspectos, de forma assistemática.

A concepção atual do princípio deve ser tomada levando-se em consideração que o passado histórico da tripartição dos poderes a vincula, de modo estreito, à tutela da liberdade, não sendo, de qualquer modo, obrigatória, a necessidade de uma rígida separação de poderes estatais para o alcance desse objetivo, tese que, definitivamente, deve ser relegada ao campo dos mitos.

A comprovação desse mito pode ser observada, especialmente, nas relações entre Legislativo e Executivo, tanto em sistemas parlamentaristas, quanto presidencialistas. Percebe-se, assim, que, na maior parte dos casos, o governo e as maiorias parlamentares são a expressão de um mesmo partido ou coalizão de partidos. Logo, destaca-se a ausência de verdadeira autonomia do Legislativo diante do poder Executivo, pois grande parte das leis aprovadas é de iniciativa do governo. Enquanto isso, este dispõe de um grande poder regulamentar e de planejamento, tanto autorizado pela Constituição, quanto atribuído pela legislação ordinária.

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais sociais, nas atuações do poder Executivo que se desviam das prioridades, deixando de assegurar direitos básicos à saúde, à subsistência e à educação, entre outros. Estas ações serão passíveis de controle mais rígido do magistrado.

No campo procedimental, observa-se que a atuação do juiz, aqui, não interfere no poder Executivo, apenas promove uma correção de rumos, mediante critérios objetivos de distinção das diversas situações de prioridade para a população, a serem aferidas mediante provas periciais, para que os recursos, efetivamente, atendam ao interesse maior, que é a razão da existência do Estado, aplicando-se, ao caso, a posição do Ministro Luiz Fux, o qual, ao relatar, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, afirmou que diante de determinadas circunstâncias, está afastada a alegação de “ingerência entre os poderes,” uma vez que o Judiciário, sob a justificção de violação, ou vulneração da lei, pode determinar a efetivação prática das promessas constitucionais.

Considerando que a formulação e efetivação das políticas públicas se inserem no âmbito de competência do legislador e do administrador público, embora vinculado à previsão de uma lei orçamentária anual e a determinadas áreas expressamente previstas (educação e saúde, por exemplo), não há dúvida de que remanesce para essas autoridades do Estado uma competência

discricionária. Essa margem de liberdade na escolha das atividades nas quais serão empregados os recursos públicos fundamenta-se no fato de se tratar de uma função eminentemente política.

No Estado Democrático de Direito as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e promoção dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais. Mas o fato é que toda e qualquer política pública envolve gasto de dinheiro público, e os recursos públicos são limitados.

### 3.1. Políticas Públicas em Juízo

O Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, que o Poder Judiciário deve controlar a omissão do Poder Executivo no que diz respeito à realização de obras em estabelecimento prisional, fixando a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, inciso XLIV, da CRFB<sup>76</sup>, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes.

Tratou-se de Recurso Extraordinário<sup>77</sup> interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal Estadual, que entendeu que ordem para realização de obras constituiria indevida invasão de campo decisório reservado à Administração Pública, não obstante o reconhecimento da precariedade das condições às quais estão submetidos os detentos, com evidente violação de sua integridade física e moral.

A questão foi assim resumida pelo ministro relator, Ricardo Lewandowski: considerando a situação precária em que se encontram as prisões brasileiras e a delicada situação orçamentária do país, poderia o Poder Judiciário determinar ações para concretizar, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhe garante, em especial o constante do art. 5º, XLIX?

A resposta foi positiva e a fundamentação, extensa, apoia-se em quatro eixos: (a) a dignidade da pessoa humana, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a determinar limites à atuação do Estado e de seus agentes; (b) o princípio da inafastabilidade da

<sup>76</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “Art. 5º (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 12 set. 2019.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 592.581-RS*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

jurisdição; (c) a eficácia dos direitos fundamentais dos detentos, que constaria, também, do arcabouço infraconstitucional, inclusive internacional, tudo a exigir a pronta intervenção do Poder Judiciário para a recomposição da ordem jurídica violada e (d) a não aplicação da teoria da reserva do possível.

Então, segundo apontou o ministro Lewandowski<sup>78</sup>, não se cuidaria de:

implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, regulamentares e internacionais.

Quanto aos limites da atuação jurisdicional, consta deste voto que, embora não seja possível aos magistrados substituir os critérios do administrador pelos próprios, é de rigor a atuação naquelas situações em que se evidencie um não fazer comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Como se constata, houve a análise dos, usualmente, três apontados limites ao controle judicial das políticas públicas: o princípio da separação dos poderes, a discricionariedade administrativa e a denominada reserva do possível. A eles, a Suprema Corte privilegiou a dignidade da pessoa humana, a eficácia dos direitos constitucionais e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com isto, dá-se mais um passo importante na luta para a concretização dos direitos e para o controle judicial de políticas públicas, deixando de render vassalagem à afirmação de falta de verbas e da teoria da reserva do possível, gestada no direito alemão e que não teve, lá, o conteúdo que no Brasil vem sendo defendido.

O Estado, amiúde, afirma que a intervenção judicial em matéria de políticas públicas ofende o princípio da separação de poderes, uma vez que competiria apenas ao Poder Executivo a decisão acerca da implementação, ou não, de tais direitos e, ainda, da forma como essa implementação seria feita, vale dizer, o caráter discricionário das escolhas feitas. Esse entendimento não esconde o vezo autoritário e a concepção da separação de poderes como garantia, não da liberdade, mas, sim, daquele que está exercendo o poder. Lembre-se que o princípio da separação de poderes foi desenvolvido como um mecanismo do exercício controlado do poder que, assim, não serve para gáudio de seus exercentes.

---

<sup>78</sup> Ibidem.

Por outro lado, a execução de políticas públicas implica, em regra, o uso de recursos públicos. Mas não apenas recursos públicos. Demanda também vontade política e eficiência na gerência destes recursos.

Nesse passo deve ser lembrado, como caso de pouca eficiência, estudo<sup>79</sup> realizado pelo Banco Mundial abrangendo vinte anos do Sistema Unificado de Saúde – SUS, no Brasil: “Falta mais eficiência ao SUS do que verba, afirma estudo”. Consta ali que não obstante o Brasil disponha, em ações e serviços de saúde, de cerca de 3,8% do PIB, seria possível fazer mais e melhor com o mesmo orçamento. O estudo aponta, como exemplo, a baixa eficiência da rede hospitalar, que poderia ter uma produção três vezes superior à atual, com o mesmo nível de insumos: “Mais da metade dos hospitais brasileiros (65%) são pequenas unidades, com menos de 50 leitos — a literatura internacional aponta que, para ser eficiente, é preciso ter acima de cem leitos. Nessas instituições, leitos e salas cirúrgicas estão subutilizados”.

Assim, embora seja verdadeiro que a execução de políticas públicas demanda recursos, não menos verdadeiro é que a gerência dos recursos financeiros pelo Estado deixa muito a desejar em termos de eficiência, de sorte que não se há que pretender que o indivíduo arque com deficiências estatais, especialmente à vista do princípio da eficiência, de estatura constitucional (art. 37, “caput”).

Cumprе destacar que políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde foi objeto de análise no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE (AgR-STA n.º. 175)<sup>80</sup>. A partir desse caso, o STF começou a estipular parâmetros de controle e condições a serem observados em julgamentos das ações da saúde.

Mais recentemente, o Plenário do STF, no julgamento do RE 657.718/MG<sup>81</sup>, por maioria de votos, fixou a tese n.º 500 para efeito de aplicação da repercussão geral, que:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a

<sup>79</sup> RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon; CAMPOS, Gastão Wagner de Souza. *O Banco Mundial e o Sistema Único de Saúde brasileiro no início do século XXI*. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/sausoc/2016.v25n2/263-276/pt>> Acesso em: 12 mai. 2019.

<sup>80</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175*, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mar. 2020.

<sup>81</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto do Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG*. Dj: 22/05/2019. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 09 de novembro de 2020 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 09 nov. 2020.

existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

Outro dado que não se pode desconsiderar é o fenômeno da corrupção, que acaba por desviar os recursos dos cofres públicos e comprometer o atingimento, pelo Estado, de seus fins. Porém, a discussão acerca das causas e consequências da corrupção foge do tema tratado no presente trabalho.

Essas determinações por parte do Judiciário, exigindo que o Executivo atue, cresceram recentemente em razão das ações coletivas propostas pelo Ministério Público, sendo essa uma forma propícia de solicitar ao Poder Judiciário uma prestação social. Portanto, analisando a constituição, entende-se que essa atuação do Poder Judiciário poderia ocorrer provocada por: Ação civil pública, Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que serão analisadas a seguir.

A ação civil pública, prevista na Lei n.º 7347/85:

Rege a possibilidade de o ministério público e os demais legitimados disjuntivos e concorrentes proporem uma ação de natureza civil face àqueles que causarem danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico, patrimônio público e qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e ainda por infração da ordem econômica e da economia popular.

Conforme leciona Fábio Luís Franco e Antonio Darienso Martins<sup>82</sup>, a Ação Civil Pública tem papel fundamental como instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito do poder judiciário.

Portanto, como a Política pública é um conjunto de normas e atos administrativos, é possível o controle jurisdicional via ação civil pública, numa forma de efetivação de Direitos Fundamentais, destarte a opinião de João Batista de Almeida<sup>83</sup> para quem não há:

razões para não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento.

<sup>82</sup> FRANCO, Fábio Luís; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. In: *Revista do processo*. v.135. Mai/2006, p.02.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 8.

Outro instrumento cabível é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem como objeto a inconstitucionalidade do poder público pela sua inércia podendo ser objeto desse controle às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, ou seja, normas que impõem diretrizes políticas, a legitimação para a sua propositura está no artigo cento e três da Constituição Brasileira que são : o Presidente da república, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, as mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara legislativa, os governadores do Estado, e do distrito federal, o procurador geral da república, partidos políticos com representação no congresso nacional, conselho federal da ordem dos advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional .

Outra possibilidade é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que está fundamentada no artigo 102, §1º, da CRFB/88, sendo regida pela Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999; os legitimados para a sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade citados acima, e a lei cita as hipóteses de cabimento: Para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição; Importante salientar o caráter subsidiário da ADPF, pois a lei expressamente veda a possibilidade da ação quando houver qualquer outro meio disponível para sanar a lesão.

Portanto, analisando as possibilidades de provocação do Judiciário para determinar a execução de políticas públicas, verificam-se os referidos instrumentos, que poderiam de alguma maneira resolver inúmeros problemas que a inercia pública acarreta à população Brasileira.

Existe, entretanto, uma potencial forma de resolução de conflitos dessa natureza, ainda quase não utilizada, em que o Judiciário essencialmente não diz o que deve ser feito, mas sim como deve ser feito. Possivelmente por ainda não ter sido sistematicamente provocado nesse sentido, o Judiciário não tem assim decidido.

Essa forma de resolução de conflito, com o objetivo de materializar a efetivação de Direitos Fundamentais, funda-se em decisões que estabeleçam não exatamente a matéria real como mérito do processo, mas sim a intenção subjacente ao conflito como mérito da questão, forçando as partes a resolver o conflito de uma maneira otimizada, entre elas, por meio de uma solução de compromisso relevante para todos, de forma negociada.

Em síntese, a solução de compromisso é uma forma sim de intervenção judicial em políticas públicas destinadas à satisfação de direitos fundamentais, mas segundo o qual as partes são levadas a um procedimento negocial e deliberativo que explora e esgota previamente todas as possibilidades de equacionar as suas divergências e controvérsias, sempre norteados pela Constituição e legislação infraconstitucional.

A prestação judicial consiste na indicação do objetivo subjacente e dos temas mínimos da deliberação (por exemplo, o objetivo do litígio não pode ser desocupar um prédio ou de se construir um determinado número de casas, mas sim oferecer uma alternativa adequada de moradia); na sugestão prévia e preliminar dos princípios jurídicos e balizas legais para a realização do acordo; no controle do calendário das discussões entre as partes e datas certas para determinado atos; na avaliação dos resultados atingidos pela negociação; e na cobrança de acompanhamentos posteriores, assegurando que o processo que o processo funcione e; por fim, na prévia determinação e posterior imposição de sanções aos que não cumprirem com o compromisso.

A intenção é que o Estado se comprometa significativamente com a situação em que há violação de direitos, seja por ação seja por omissão, por meio de iniciativas e políticas próprias, dentro de seus próprios limites, sem interferência material, que também atenda aos anseios sociais e seja, ao mesmo tempo sustentável e tempestiva.

Caso não haja acordo, com conseqüente demonstração do compromisso (de ambas as partes), aí sim a sentença substantiva, mesmo com caráter aditivo, poderia ser judicialmente imposta, especialmente nos casos em que o Estado se furtar à negociação aberta e sincera.

Ainda que as partes tenham de esperar mais tempo para a solução final, pois não veriam o Judiciário decidir acerca dos direitos fundamentais reclamados, essa alternativa representaria uma verdadeira solução sustentável no longo prazo, pois o compromisso significativo tem a vantagem de, ainda que seja uma revisão judicial, ser absolutamente compatível com a livre deliberação e a segurança jurídica exigidas em um Estado Democrático de Direito.

Sob o ponto de vista da cautela, o compromisso faria justiça ao reconhecer que, nas sentenças aditivas de adjudicação de direitos fundamentais, os desafios de ordem técnica, cultural, econômica podem levar os juízes, muito bem-intencionados, a tomarem decisões prejudiciais para a coletividade; e então isenta-os desse fardo e dessa responsabilidade desnecessária, preservando, entretanto, seu papel premente de assegurar a efetivação desses direitos.



Quanto às consequências imprevistas das decisões aditivas, essa solução devolve às partes o privilégio, dessa vez sob supervisão e direcionamento judiciais, de determinar detalhes da política pública a ser implementada, pois ninguém melhor que as próprias partes para saberem onde podem ceder e onde devem manter suas posições, sempre sendo guiadas para uma solução constitucional para o problema. Permite, assim, considerar os direitos fundamentais otimizados dentro de um rol muito extenso de alternativas para uma política pública.

Pode também, dependendo dos entendimentos entre as partes, levar à implementação gradual dos direitos, balizada pelos recursos disponíveis e dentro da legalidade da formulação de orçamentos públicos, sempre com fiscalização judicial e devolvendo à Administração Pública o controle sobre a alocação dos recursos, ainda que sob o compromisso de manter continuada a implantação das políticas públicas requeridas para acordadas.

Outra dentre as críticas que se fazem ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é que essa intervenção violaria o princípio da separação de poderes, uma vez que seria função exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo a regulamentação, formulação e implementação dessas políticas.

Conforme disserta José Reinaldo de Lima Lopes<sup>84</sup>, a decisão quanto à alocação de recursos é uma decisão política, ou seja, de conveniência, uma vez que não há critérios normativos que conduzam a uma única solução. Assim, o Poder Judiciário não poderia julgar essas questões, uma vez que somente teria competência para decidir sobre a legalidade ou constitucionalidade de uma escolha e não sobre o acerto ou desacerto de decisão tomada pela Administração no âmbito de atividade discricionária.

Outra crítica que se faz é a de que o Poder Judiciário<sup>85</sup> não teria subsídios suficientes para julgar sobre o acerto ou desacerto de políticas públicas e destinação de recursos públicos. Isso porque o Poder Executivo, como tem uma visão global dos recursos e das necessidades existentes, estaria em melhores condições de decidir sobre a alocação de recursos, de modo a otimizar os gastos públicos.

---

<sup>84</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Alega-se que as decisões judiciais relacionadas à concessão de prestações sociais em um caso específico teriam enfoque meramente individualista das questões sociais, sendo que uma gestão eficiente de recursos não prescindiria de uma percepção global dos recursos e necessidades existentes.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso<sup>86</sup>, “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”.

Em que pesem essas críticas ao “governo de juízes”, é fato o protagonismo do Judiciário, sendo essas críticas “insuficientes para reprimir um processo que parece ter se tornado irreversível”, conforme afirma Chevallier<sup>87</sup>

Com fulcro nesses argumentos, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, na SS 3073/RN<sup>88</sup>, considerou que o Judiciário não deveria determinar ao Estado o fornecimento gratuito de medicamento que não constasse em seu programa de dispensação de medicamentos, já que uma decisão em sentido contrário, por implicar elevados gastos ao governo, poderia prejudicar o sistema público de saúde como um todo.

Entretanto, o STF ao julgar RE 855.178/SE<sup>89</sup>, por maioria dos votos, fixou a tese n.º 793 para efeito de aplicação da repercussão geral, que dispõe que:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Restando superado, portanto, o entendimento albergado no SS 3073/RN.

O mandado de injunção sempre abarcou em torno de si controvérsias a respeito de seu papel como instrumento de efetivação dos direitos constitucionais, principalmente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Em razão de ter sido concebido para tutelar os direitos fundamentais constitucionalmente definidos, desde que obstados por falta de norma regulamentadora, o

---

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 134.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SS 3073/RN*, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007 PP-00021.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855.178/SE*, Relator(a): Min. Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 21 mar. 2020.

mandado de injunção não poderia deixar de tutelar também os direitos fundamentais sociais, já que estes integram os direitos fundamentais e retratam um dos fundamentos maiores da Carta de 1988, qual seja a cidadania.

Neste momento, faz-se por bem tentar esclarecer: qual é a abrangência protetiva do instituto em tela? Quais são os direitos que o legislador constituinte pretendeu viabilizar ao implementar o mandado de injunção no texto constitucional de 1988? Sendo a injunção pátria concedida quando ausência de norma regulamentadora tornar inviável a fruição do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, estaria o objeto deste instituto limitado a esses direitos e liberdades expressamente previstos no artigo 5º, LXXI, CF?

Como resposta para tais indagações acabam por existir alguns entendimentos doutrinários divergentes quanto à extensão dos direitos e liberdades tutelados pela injunção, sendo, portanto, apropriado para o desenrolar deste estudo, tentar verificar quais seriam essas três correntes interpretativas: restritiva, intermediária e abrangente.<sup>90</sup>

Os defensores da primeira corrente reduzem significativamente o campo de incidência do *writ* ao sustentar que o mesmo alcança tão somente os direitos que possam ser deduzidos da condição de nacional e de cidadão, vez que a norma constitucional especificou o objeto da sua tutela expressamente. Este entendimento é desenvolvido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>91</sup>

Por outro lado, aponta-se a corrente intermediária representada pelas ideias de Celso Ribeiro Bastos<sup>92</sup>, segundo as quais mandado de injunção tutelaria somente os direitos contemplados no TÍTULO II da Constituição (Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos à Nacionalidade e Direitos Políticos).

Partindo-se para análise da corrente abrangente, verifica-se que esta visão doutrinária acredita que os direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pela injunção são quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas previstos em quaisquer dispositivos da Constituição, tendo em vista que inexistente qualquer restrição no art. 5º, LXXI, do texto constitucional.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 70.

<sup>91</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325.

<sup>92</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

### 3.2. Limites ao controle judicial

A possibilidade de controle judicial para a garantia do exercício dos direitos é o que faz das normas que os veiculam prescrições obrigatórias, no sentido fático. Como se sabe, o direito subjetivo é aquele dotado de ação para exigir o seu cumprimento. Essa possibilidade, alçada à Corte Suprema do país, aparelhada dos mecanismos processuais necessários, garante a força normativa de uma Constituição, de modo que essa supere a condição de mera folha de papel.

A grande inovação do constitucionalismo europeu do pós-guerra, que se irradiou para toda sua área de influência, é a existência desse aparato institucional de garantia de cumprimento, com a atuação dos Tribunais Constitucionais. Mesmo chegando mais tarde em alguns países, a diretriz relativa à obrigatoriedade da existência de uma corte independente para o julgamento da matéria constitucional, assimilada oficialmente pelas instâncias dirigentes da União Europeia, levou à quebra de paradigmas, de que é exemplo eloquente a decisão sobre a criação da Corte Constitucional na Inglaterra, pelo *Constitutional Reform Act*, aprovado no governo trabalhista em 2005.

A reserva do possível costuma ser utilizada como uma espécie de limitação à intervenção do Poder Judiciário. Observe-se, entretanto, que, na hipótese dos Poderes Executivo e Legislativo, não promoverem as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, caberá ao poder Judiciário intervir, mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas.

Tal possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas deve realizar-se de forma razoável e proporcional, buscando-se a garantia do mínimo existencial.

Assim, ao apreciar determinada política pública, o Poder Judiciário deve analisar todos os elementos que a envolvem, sob pena de ocorrer invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo.

De todo modo, a reserva do possível não pode ser analisada de modo subjetivo por quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la. A depender das circunstâncias fáticas, pode ser necessário o cumprimento obrigatório de uma decisão, como no caso da concessão de remédios para a garantia do direito fundamental à saúde.

Nesse aspecto, veja-se que no julgamento do AgR-AI 734.487-PR<sup>94</sup> manteve-se o posicionamento de que o direito a saúde se constitui como uma prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Assim, consoante restou decidido naquela oportunidade, é plenamente possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

Observe-se, no entanto, que tal decisão limita a atuação do poder judiciário às hipóteses em que o poder público não cumpriu com suas obrigações constitucionalmente previstas. Caso contrário haveria, de fato, a ingerência do poder judiciário em relação à Administração Pública, violando, no nosso entender, o princípio da separação dos poderes.

Assim, quando o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional vulnera frontalmente os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, dando azo a atuação estatal.

Como sabido, as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas. Em razão de tal exigência, a doutrina aponta a reserva de consistência como relevante fundamento para a autocontenção, afirmando que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência para se sobreporem às interpretações legislativas impedindo o juiz de efetivar políticas públicas de certa complexidade. Ou seja, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais acabaria constituindo-se como um limitador para o ativismo judicial em determinadas situações.

Trazendo para o contexto brasileiro, os limites de atuação do judiciário podem ser divididos em duas categoriais de argumentos: i) políticos e ii) jurídicos.

O argumento político pode ser resumido a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para formular e implementar políticas públicas, na medida em que os juízes não são eleitos democraticamente.

Contudo, não se pode, por ordem constitucional, afastar nada à apreciação judicial. De sorte a conciliar essas ideias, aparentemente, contraditórias, ganha importância a análise dos argumentos jurídicos.

---

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR-AI 734.487-PR*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652> > . Acesso em: 13 mar. 2020.

Já foi visto no presente trabalho, que se costuma invocar como óbice à sua plena implantação o argumento consequencialista e econômico-financeiro de reserva do possível. Outro argumento é de cunho prático-jurídico. As políticas Públicas estariam no âmbito discricionário da Administração Pública, sendo que a doutrina clássica defende, ainda, a posição de insindicabilidade do mérito administrativo. Conforme foi visto, a doutrina mais moderna e a jurisprudência entendem cada vez mais que o mérito administrativo pode ser perquirido acerca de sua juricidade.

Contudo, não se pode perder de vista com a modificação da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro realizada pela Lei n.º 13.655/2018, que foram adicionados diversos dispositivos que não podem ser desconsiderados pelos magistrados. Isso porque tais dispositivos impõem o dever de serem consideradas as consequências das decisões.

### **3.3. Propostas de controle judicial de políticas públicas**

Como é de bom alvitre, a solução encontra-se em algum ponto entre os extremos. Por essa razão não está na impossibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de políticas públicas, tampouco está na possibilidade de o Poder Judiciário além de controlar, em substituição da Administração Pública, ditar, elaborar e/ou modificar políticas públicas.

A prestação judicial consiste na indicação do objetivo subjacente e dos temas mínimos da deliberação (por exemplo, o objetivo do litígio não pode ser desocupar um prédio ou de se construir um determinado número de casas, mas sim oferecer uma alternativa adequada de moradia); na sugestão prévia e preliminar dos princípios jurídicos e balizas legais para a realização do acordo; no controle do calendário das discussões entre as partes e datas certas para determinado atos; na avaliação dos resultados atingidos pela negociação; e na cobrança de acompanhamentos posteriores, assegurando que o processo que o processo funcione e; por fim, na prévia determinação e posterior imposição de sanções aos que não cumprirem com o compromisso.

A intenção é que o Estado se comprometa significativamente com a situação em que há violação de direitos, seja por ação seja por omissão, por meio de iniciativas e políticas próprias, dentro de seus próprios limites, sem interferência material, que também atenda aos anseios sociais e seja, ao mesmo tempo sustentável e tempestiva.

Caso não haja acordo, com conseqüente demonstração do compromisso (de ambas as partes), aí sim a sentença substantiva, mesmo com caráter aditivo, poderia ser judicialmente imposta, especialmente nos casos em que o Estado se furtar à negociação aberta e sincera.

Ainda que as partes tenham de esperar mais tempo para a solução final, pois não veriam o Judiciário decidir acerca dos direitos fundamentais reclamados, essa alternativa representaria uma verdadeira solução sustentável no longo prazo, pois o compromisso significativo tem a vantagem de, ainda que seja uma revisão judicial, ser absolutamente compatível com a livre deliberação e a segurança jurídica exigidas em um Estado Democrático de Direito.

Sob o ponto de vista da cautela, o compromisso faria justiça ao reconhecer que, nas sentenças aditivas de adjudicação de direitos fundamentais, os desafios de ordem técnica, cultural, econômica podem levar os juízes, muito bem-intencionados, a tomarem decisões prejudiciais para a coletividade; e então isenta-os desse fardo e dessa responsabilidade desnecessária, preservando, entretanto, seu papel premente de assegurar a efetivação desses direitos.

Quanto às conseqüências imprevistas das decisões aditivas, essa solução devolve às partes o privilégio, dessa vez sob supervisão e direcionamento judiciais, de determinar detalhes da política pública a ser implementada, pois ninguém melhor que as próprias partes para saberem onde podem ceder e onde devem manter suas posições, sempre sendo guiadas para uma solução constitucional para o problema. Permite, assim, considerar os direitos fundamentais otimizados dentro de um rol muito extenso de alternativas para uma política pública.

Pode também, dependendo dos entendimentos entre as partes, levar à implementação gradual dos direitos, balizada pelos recursos disponíveis e dentro da legalidade da formulação de orçamentos públicos, sempre com fiscalização judicial e devolvendo à Administração Pública o controle sobre a alocação dos recursos, ainda que sob o compromisso de manter continuada a implantação das políticas públicas requeridas para acordadas.

A reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado no momento de se proferir a decisão judicial, não para impedir a fixação da responsabilidade do Poder Público, mas para que seja construído um método de viabilização de uma Constituição compromissária com a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

De tudo o que foi dito até agora, em defesa da atuação do Judiciário para a garantia do mínimo existencial, reflexo prático da dignidade da pessoa humana, pode-se chegar à conclusão, errada, de que esses direitos não conhecem limites. E os direitos têm custos.

Por vezes, a concessão de direitos subjetivos pelo Juiz, refugindo aos critérios técnicos e ao planejamento da Administração, embora satisfaça o interesse individual, pode representar prejuízo para a sociedade como um todo – inclusive para os que se encontram em idêntica situação do requerente. Não é rara a utilização da via judicial para subverter a ordem de concessão de benefícios – “furar a fila” –, numa tentativa de transformar o juiz no servidor responsável pela ordenação e distribuição dos mais diversos bens e serviços públicos – saúde, educação, moradia... Por vezes, sem qualquer provocação ou negativa da Administração, há o ingresso de ações para assegurar direitos prestacionais, com o nítido intuito de burlar os requisitos postos em normas da Administração que selecionam e ordenam (requisitos e posição em lista) os beneficiários. O deferimento de requerimentos individuais merece uma cautelosa análise pelo Judiciário, conferindo-se à Administração a oportunidade de demonstrar a progressividade na implantação da prestação requerida – seu planejamento, sua execução, e a situação peculiar do requerente ao ser inserido no respectivo programa.

Tomando-se uma situação específica, no âmbito de proteção à saúde, relacionada diretamente com os custos de tratamento requerido individualmente, tem-se a questão tratamento médico no exterior. Como situação hipotética, suponha-se que o custo de tal tratamento (deslocamento, alimentação, hospedagem, e despesas médicas) ultrapasse a cifra de R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais). Na hipótese de deferimento de tal pleito, o indivíduo seria beneficiado, e, de fato e de direito, teria seu direito à saúde assegurado. Mas isso geraria um custo elevado, que, além de ser suportado pela sociedade como um todo, impactaria o orçamento da pasta da Saúde. Conceder a um indivíduo um direito específico em face do Estado que não será estendido a todos os que estiverem em idêntica situação pode ensejar o reconhecimento de um regime diferenciado, desigual, não isonômico. Se as necessidades são ilimitadas, os recursos públicos não o são.

Soa paradoxal que o Poder Judiciário determine tratamentos de saúde muito custosos para assegurar o direito à vida ou à saúde de alguém – situação individual específica –, considerando o baixo valor que tradicionalmente se arbitra em hipóteses de indenização por danos morais em razão de óbito causado por ação/omissão de agentes do Estado.

O modo de fazer da Administração, o “como”, deverá permanecer livre, sob certas condições. Se o Estado é obrigado a realizar exames de mamografia, por exemplo, tanto poderá



fazê-lo diretamente como através de interposta pessoa, por meio de vínculo contratual – um hospital contratado. Mas o “se” e o “quando” não mais restarão à disposição da Administração. O juiz não substituirá o Administrador na escolha de “como” implantar tal política.

Ainda que não se admita uma decisão prospectiva do juiz, determinando “como” a Administração Pública deve implementar políticas públicas, admite-se o controle *a posteriori* da forma escolhida pelo administrador público. Isso porque, o princípio da eficiência consta expresso no *caput* do artigo 37 da CRFB<sup>95</sup>: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e -eficiência- e, também, ao seguinte: [...]”

Dessa forma, cabe um juízo da juridicidade do mérito administrativo em relação às escolhas realizadas pelo administrador. Essas escolhas não podem ter sido ineficientes, e havendo uma opção mais eficiente, cabe retificação da política pública.

A ineficiência deve ser controlada, inicialmente, no âmbito de cada Poder, e no desempenho das suas diversas funções, dentre elas a administrativa. É necessário desenvolver um sistema de controle interno que leve em consideração, não somente a compatibilidade dos atos e contratos celebrados pelo Poder Público com a lei, em sentido formal. A autotutela deve, também, envolver outros princípios, dentre eles a eficiência e a razoabilidade, e também o compromisso com a efetiva implantação das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de disponibilizar serviços capazes de assegurar a dignidade na vida em sociedade.

A busca pela eficiência administrativa pressupõe a formulação de escolhas, comportamento que indica o uso da discricionariedade. A tradicional valoração de critérios de conveniência e oportunidade não é suficiente para justificar as escolhas do administrador público.

Outrossim, verificou-se de forma bastante clara o judiciário realizando controle de políticas públicas na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – MC-ADPF n.º 347<sup>96</sup>, quando foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, diante da violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. O instituto de Estados de Coisas Inconstitucional tem origem em decisões da Corte Constitucional

---

<sup>95</sup> BRASIL, op. cit., nota 72.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo tribunal Federal. *MC-ADPF n.º 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > Acesso em: 22 mai. 2020.

Colombiana diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tais decisões tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação da inconstitucionalidade verificada.

No caso julgado, há a constatação de que o sistema carcerário desrespeita os direitos fundamentais dos presos há décadas sem que as autoridades públicas formulassem políticas públicas para solucionar os problemas encontrados. Por exemplo, diante da constatação de superlotação dos presídios não houve investimentos para construção de novas unidades prisionais.

Dessa forma, o Tribunal declara o Estado de Coisas Inconstitucional e determina, cautelarmente, que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; e determina aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão.

## CONCLUSÃO

A denominada independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem como objetivo principal a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra o exercício arbitrário do poder por parte do governante. Do mesmo modo, a Constituição Federal proclama que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito. Logo, ficando caracterizada — no caso concreto — a omissão do poder público, torna-se possível o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, com vistas à proteção do direito lesado.

A atuação do Judiciário, ao intervir na determinação de execução de procedimentos para cumprimento de políticas públicas, não faz com que o Judiciário se aproprie das funções do Poder Executivo. Trata-se de correção de omissão estatal, bem como a compreensão de que o magistrado não pode ser encarado como mero aplicador mecânico da lei. Deve, sim, buscar atender o interesse maior (consistente na proteção do indivíduo) e que constitui a razão de existência do Estado, justificando a atuação do Judiciário em resgatar a efetivação das previsões constitucionais. Por isso, tratando-se de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, tem-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para a efetivação de tais direitos. Contudo, não pode o juiz fixar amplamente políticas públicas ou discricionariamente escolher uma solução política para o caso, uma vez que se trata de uma atuação que deve observar limites.

Tal “ativismo”, no entanto, deve ser feito com critérios, ou seja: por meio de elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao mero estado de consciência do julgador que costuma nortear essas decisões. A decisão judicial deve levar em consideração a razoabilidade da pretensão manejada junto ao Poder Judiciário (com base no princípio do mínimo existencial) e, também, a existência de disponibilidade financeira do Estado a fim de tonar concretas e efetivas as prestações que lhes são exigidas. Assim, deve o magistrado pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a adotar a melhor decisão para o caso concreto, sem deixar de observar os valores e direitos constitucionais pleiteados e a cláusula da reserva do possível orçamentário com base nas verbas públicas disponíveis para a execução de determinada política pública.

O reconhecimento de que os problemas políticos relativos à efetivação das garantias constitucionais são políticos e devem ser solucionados politicamente leva a crer que as estruturas jurídica e jurisdicional não servem e não devem servir como ambiente de autoneutralização do Estado e conseqüente acomodação, sob pena de esvaziamento da democracia e da perda da própria identidade constitucional: admitir-se-ia como regra institucionalizada a prática judiciária de extinguir processos sem enfrentamento das missões constitucionais e sem a satisfação dos direitos que ele, por essência, deveria tutelar, diante de argumentos econômicos ou formais bastantes às estatísticas de produtividade, mas inócuos à realização da justiça social.

Tal visão não mais prevalece. Sob a ótica da Administração Pública policêntrica, ou em rede, as decisões são compartilhadas por diversos agentes públicos, cujo objetivo principal é entregar aos administrados serviços públicos essenciais e as prestações positivas impostas pela Constituição.

Os problemas jurídicos, judiciários e processuais daí decorrentes devem ser lidos e resolvidos de forma criativa e interdisciplinar, considerando a natureza política de tais medidas, sem por isso frustrar a realização dos direitos deduzidos em juízo, fatalmente a sonegar em caso de adoção desmedida daqueles critérios utilitaristas antes debatidos.

Tal leitura evidencia três pressupostos do exercício da jurisdição, fundamentais para a tutela dos direitos sociais: o processo é instrumento, a estrutura judiciária é um serviço e a realização dos direitos materiais deduzidos em juízo é, este sim, o fim

Por fim, não se pode deixar de sublinhar a importância da Lei n.º 13.655/2018 para o tema, pois, ao modificar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe expressamente que as decisões deverão observar as conseqüências jurídicas e administrativas. Estar-se-ia, assim, adotando a corrente consequencialista no ordenamento brasileiro? Acredita-se que não, mas não há como escapar das suas disposições. O juiz não pode mais decidir sem, pelo menos em tese, sopesar os efeitos que a sua decisão causará na administração. Não há um reforço necessário na tese da reserva do possível, porém, diante da crise do Estado, não há como enxergar uma situação em que haverá recursos para cumprir os direitos fundamentais de todos.

Não passa despercebido, e, aliás, ganha mais importância, os ensinamentos de Ingo Sarlet, para quem, de acordo com a doutrina alemã, tal qual Alexy, os direitos

fundamentais devem ser enxergados, do ponto de vista individual, como aquilo que se espera razoavelmente para minimamente garantir o direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmens Juris, 2010.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Direitos Humanos e políticas públicas. In: BUCCI (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: \_\_\_\_\_ (org.) *Estudos em arbitragem, Mediação e negociação*. V. III, 2004.

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: SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário*. Fórum: Belo Horizonte, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MC-ADPF n.º 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 22 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AgR-AI 734.487-PR*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> . Acesso em: 13 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *SS 3073/RN*, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007 PP-00021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175*, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 592.581-RS*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 08 mar 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 855.178/SE*, Relator(a): Min. Edson Fachin, Redator para o acórdão. Plenário, 23.05.2019. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 21 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 657.718/MG*. Dj: 22/05/2019. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro. FGV, n.º 251, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, Marli Marlene Moraes; AQUINO, Quelen Brondani. A função das políticas públicas na efetivação de direitos: uma abordagem sobre o exercício da democracia participativa. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (org.). *Direitos humanos, constituição e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2013.

CROZIER, Michel. *Estado modesto. Estado moderno: Uma estratégia para uma outra mudança*. Brasília: Funcep, 1989.

CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (org.). *Direitos humanos, constituição e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2013.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: USP, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*. A. Giuffrè; Milão, 1992.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCO, Fábio Luís; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. In: *Revista do processo*. v.135. Mai/2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



\_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

LIMBERGER, Thêmis. *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. V.I, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan Ruas Pereira; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público – IBDP, número 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 21 set. 2019.

PINTO, Élidea Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar*

em face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017

RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon; CAMPOS, Gastão Wagner de Souza. *O Banco Mundial e o Sistema Único de Saúde brasileiro no início do século XXI*. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/sausoc/2016.v25n2/263-276/pt>> Acesso em: 12 mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SUNFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, volume 248, maio/agosto 2008.

SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TRUMAN, David B. Group politics and representative democracy. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. *Public policy: the essential readings*. Upper Saddle River, New Jersey: Printice Hall, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed., ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.