



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPLEMENTAÇÃO E NOVAS TENDÊNCIAS DOS
MECANISMOS DE CONTROLE

Ana Carolina Machado e Silva Dias

Rio de Janeiro

2020

Ana Carolina Machado e Silva Dias

POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPLEMENTAÇÃO E NOVAS TENDÊNCIAS DOS
MECANISMOS DE CONTROLE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Especialização em Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Ubirajara da Fonseca Neto

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro

2020

POLÍTICAS PÚBLICAS: IMPLEMENTAÇÃO E NOVAS TENDÊNCIAS DOS MECANISMOS DE CONTROLE

Ana Carolina Machado e Silva Dias

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – A formulação de políticas públicas eficientes com o fim de atingir o melhor interesse da coletividade se apresenta como um dos maiores desafios do gestor público. A instrumentalização da política pública e os seus mecanismos de controle de eficiência e resultados estão sendo analisados a partir de novas tendências ideológicas que visam aprimorar o desenvolvimento da política. A essência do trabalho objetiva abordar três pontos centrais: a formulação de uma política pública inclusive, sob o aspecto orçamentário; a reformulação do controle judicial a partir dos critérios da capacidade institucional; deferência; pragmatismo e consequencialismo e, por fim, o fomento do controle social como mecanismo de redução da judicialização.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Políticas Públicas. Capacidade institucional. Controle Judicial. Controle Social.

Sumário – Introdução. 1. Conceitos, aspectos orçamentários e elementos de formação da política pública. 2. A Reformulação do Controle Judicial a partir da análise dos critérios de capacidade institucional; deferência; pragmatismos e consequencialismo na tomada de decisões. 3. O fomento do controle social de políticas públicas como mecanismo de redução da judicialização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora posto enfoca a discussão acerca da implementação de políticas públicas, e as novas tendências dos mecanismos de controle, tanto no que se refere ao controle exercido no âmbito do Poder Judiciário, quanto o controle realizado por meio da participação popular, denominado de controle social. Sendo assim, serão abordadas questões envolvendo reserva do possível; legitimidade democrática atribuída ao gestor público; capacidade institucional da Administração e a tendência de adoção do instituto da deferência com as escolhas administrativas diante de questões complexas que exorbitem o exercício do controle.

Assim, de forma didática, busca-se tratar desde os elementos de criação de uma política pública governamental, utilizando-se, para melhor compreensão do tema, o chamado “ciclo de criação das políticas públicas”, enfrentando, inclusive, os aspectos orçamentários e sua correlação com o equilíbrio entre as receitas disponíveis ao gestor público e as prioridades governamentais, chegando até o momento do exercício do controle da atuação pública.

Em um Estado contemporâneo, as políticas públicas são instrumentos materializadores de direitos fundamentais, revestidos de legitimidade democrática onde os mecanismos de controle de decisões adotadas pela Administração devem ser utilizados com cautela e ponderação.

Inicia-se o primeiro capítulo, apresentando fundamentos conceituais doutrinários de Políticas Públicas no direito brasileiro, inclusive, sua correlação direta com o orçamento público e o equilíbrio nas receitas e despesas públicas, devendo necessariamente ser analisada pelo gestor público durante a construção da política pública, o que será feito durante as etapas/ciclos de formação da política.

Posteriormente, segue-se no segundo capítulo, abordando a reformulação de alguns fundamentos utilizados no exercício do Controle Judicial, a partir das novas tendências que envolvem, especialmente, a capacidade institucional da Administração na formulação de políticas públicas; necessária adoção da visão do consequencialista por parte do controlador no momento de tomada de decisões; o pragmatismo judicial, onde diante de situações administrativas complexas a necessidade de adoção de deferencia por parte do Poder Judiciário para com as escolhas administrativas.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será abordado acerca da necessidade do fomento dos mecanismos eficazes de participação social na formulação de políticas públicas, assim como, reforçar a idéia de que o diálogo entre o administrador e o administrado tende a garantir maior aderência das escolhas adotadas pelo gestor público, de forma que em se tratado de políticas públicas, a participação popular e o aumento do exercício do controle social - seja ele realizado concomitantemente ou posteriormente - pode ser um importante instrumento capaz de reduzir a excessiva judicialização das políticas públicas.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar sua tese.

1. CONCEITOS GERAIS, ASPÉCTOS ORÇAMENTÁRIOS E ELEMENTOS DE FORMAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

No cenário jurídico atual após as transformações decorrentes do “Estado Pós-Moderno, associadas especialmente com os compromissos finalísticos conferidos pela Carta de 1988”¹, há uma grande centralidade dos direitos fundamentais e um leque de atribuições a serem desenvolvidas pelo Estado. De maneira que, “no século XX, a Constituição e o reconhecimento de direitos sociais, impõe ao Estado deveres positivos e obrigações que devem corresponder aos direitos e pretensões do administrado”², cabendo ressaltar que a materIALIZAÇÃO dos direitos sociais pode ser alcançada através de diversos mecanismos constitucionalmente previstos.

Desse modo, “elegem-se as políticas públicas como forma de instrumentalizar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna”³. Assim, “as políticas públicas integram o núcleo normativo definidor das atividades-fim do Estado”⁴. Fato é que, as políticas públicas estão direramente relacionadas com a implementação pelo Estado de planos de governo, mediante programas e também de ações voltadas aos interesses sociais, visando atender setores específicos da sociedade.

As Políticas públicas, portanto, segundo Bucci⁵, podem ser conceituadas como “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.” No mesmo sentido, Valle ⁶ define que “política pública consiste em decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revistida de autoridade e sujeita a sanções”.

No mais, “a noção de política pública, corresponde a um ciclo decisório, finalístico e processualmente voltado ao cumprimento dos ditames constitucionais, organizado em tono

¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia*. p. 2

² TÁCITO, Caio. *Proteção dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, out/dez 1993. p.1-2.

³ PALADINO, Carolina de Freitas. *Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial*. Direito e Democracia. Canoas. V.9.n.1,p.90-108/ja./jun.2008. p.1.

⁴ PINTO, Élide Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do Planejamento*. Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/ Belo Horizonte: Fórum, 2018. Cap. 4. p.111.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*: São Paulo: Saraiva, 2006. p.241

⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2.ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.33

dessas três grandes fases: planejar, executar e controlar”⁷. Portanto, as diretrizes da política, são fatores fundamentais para a implementação concreta do direito a ser assegurado pelo Poder Público, visando atingir os resultados desejados. Em ambos os conceitos, é possível observar que a implementação de uma política pública no campo material/concreto, depende de um processo estratégico de escolhas, através de uma sequência de etapas, que envolvem direta ou indiretamente, questões políticas, financeiras, jurídicas e sociais. A tomada de decisão política pressupõem a utilização de métodos para que as escolhas sejam feitas.

Nesse aspecto, no que se refere ao processo de criação de uma política pública, embora não haja um modelo geral de fases, tendo em vista as diversas idealizações acadêmicas acerca do tema, adotando o modelo sequencial de políticas públicas é possível estabelecer as seguintes etapas: “1) reconhecimento do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação da política; 4) escolha da alternativa estratégica; 5) implementação da política; 6) avaliação de resultados”⁸. A procedimentalização é fundamental para o alcance do resultado.

Resumidamente, Valle⁹ aponta as principais características de cada etapa; sendo assim, inicia-se com o reconhecimento do problema pela Administração, é o momento no qual “identifica-se um dado fático (qual seja a situação material a exigir a intervenção estatal) e um dado mais analítico, de reconhecimento de qual seja, descartados os elementos contingentes dessa mesma situação fática”. A seguir, será formada a agenda política, onde, ocorre o “estabelecimento de priorização para as ações públicas, incluindo os problemas identificados na etapa anterior”. Em tais etapas é possível observar um caráter amplamente político de escolha do gestor público.

Prosseguindo, no terceiro momento, chega-se a formulação da política pública, trata-se do “momento exploratório das várias possibilidades de ação, bem como as inter-relações entre as várias políticas públicas já em andamento”, a seguir, é o momento de escolha da política pública a ser implementada, “concretiza-se, aqui, à vista das alternativas apontadas na etapa anterior, a decisão acerca de qual a linha de ação a ser adotada”; a quinta etapa, de implementação da política pública eleita, será a “fase de concretização das atividades apontadas na formulação e especificadas pela escolha” e, por fim, a última etapa de análise e avaliação da política pública executada, “será onde dará a diagnose dos resultados alcançados, cotejados com os indicadores de desempenho antes concebidos na etapa de formulação”. A avaliação será fundamental para controle de eficiência da escolha administrativa.

⁷ PINTO, op.cit . p.111

⁸ VALLE, op. cit. p. 39

⁹ Ibid.

Logo, “uma política pública se contrói a partir não de uma simples decisão administrativa; ela se materializa a partir de um conjunto de decisões inter-relacionadas”¹⁰. Ou seja, trata-se de uma escolha objetiva e procedimental, baseados em um “nuclear planejamento setorial com a previsão e a execução dos recursos orçamentários correspondentes”¹¹. Notadamente, Bucci¹² assevera que “as políticas públicas pode ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariiedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa”. Portanto, trata-se de escolha revestida de análise concreta das razões de fato e de direito que ocasionaram aquela adoção política.

Superado esse aspecto, fundamental destacar que a instituição das políticas públicas possuiu direta correlação com o planejamento orçamentário e a disponibilidade dos recursos públicos. De modo que, “há, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento”¹³. Nesse sentido, ao lado do amplo rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, com a instituição de obrigações positivas e de aplicabilidade imediata, a escassez de recursos públicos se mostra como um relevante elemento limitador da materialização integral de todas as garantias constitucionais previstas.

Assim, “de um lado a Carta Magna assegura os direitos fundamentais de cunho prestacional, a serem implementados através das políticas públicas; de outro, tem-se um contexto no qual o Estado se vê obrigado a escolher quais desses direitos serão atendidos, em face da escassez de recursos”¹⁴. A ponderação será uma atividade complexa a ser exercida pelo gestor público. Em assim sendo, Ana Paula Barcelos¹⁵ afirma que “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”, nesse ponto, fundamental a necessidade de observância do gestor público as leis orçamentárias previstas no ordenamento jurídico.

No mais, reforça a autora que, “em se tratando de gastos em contraposição aos recursos limitados do Estado, faz-se necessário traçar em quais áreas serão focados os investimentos do poder público”. Nesse sentido, “quando não há recursos suficientes para prover todas as

¹⁰ Ibid. p. 36.

¹¹ PINTO, op.cit p.111.

¹²BUCCI, op.cit. p. 265.

¹³ Ibid. p. 264.

¹⁴ PALADINO, Carolina de Freitas. *Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial*. Direito e Democracia. Canoas. V.9. n.1 . jan./jun. 2008 . p. 91.

¹⁵ BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.240, p.83 -103, abr./jun. 2005, p. 90/91.

necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra”¹⁶. Uma vez que “diante de tantos interesses em disputa e da escassez de recursos para satisfazê-los , a ordem é sopesar com critérios rígidos e objetivos quais os interesses de maior proteção constitucional para a devida alocação de recursos”.¹⁷ ou seja, escolhas políticas; regras orçamentárias e áreas de concentração de recursos devem estar correlacionadas entre si.

Assim, no que se refere ao aspecto orçamentário, fundamental para a materialização dos direitos assegurados genericamente pela Carta Magna, com a ampla instituição de obrigações prestacionais atribuídas ao Estado, e a escassez de recursos públicos para atender a todas as demandas sociais, o gestor público, em muitos casos, será obrigado a adotar “escolhas trágicas, com a plena ciência de que algumas necessidades não serão atendidas do modo pretendido”¹⁸. É necessário compreender que a proteção de uma garantia fundamental, grande parte das vezes, implicará o adiamento, ainda que de forma momentânea, de outras questões sociais. Diante desse cenário, trata-se de atribuição institucional e operacional do gestor público, através de uma análise planejada, a manutenção do equilíbrio entre os recursos públicos disponíveis e as necessidades coletivas que devem ser obrigatoriamente contempladas. Assegurando, assim, ao menos, uma eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, diretamente relacionada com a idéia de garantia da reserva do possível.

Dessa forma, para que os recursos públicos sejam investidos de maneira adequada e proporcional visando atender dentro das possibilidades fáticas, sociais e principalmente, orçamentárias, a maior quantidade de pessoas e direitos almejados, se mostra fundamental o planejamento da estruturação da política pública, por órgãos formados com capacidade institucional e técnica para atender a tais finalidades. Em suma, “dentro da legalidade do ciclo orçamentário que se abre o caminho do controle de políticas públicas e, por via de consequência, da qualidade do gasto público”¹⁹. Logo, é dentro desse cenário, em se tratando de políticas públicas, que o controle será exercido.

Sendo assim, fundamental é o papel dos órgãos de controle no que se refere ao cumprimento dos direitos fundamentais e da implementação de políticas públicas por parte do gestor público. Desaste, “o parâmetro de controle na verdade é o fundamento de legitimidade

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Nº. 1.185.474-SC. Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenca&num_registro=201302299273> Acesso em: 06/04/2019.

¹⁷ LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 7. Ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODVIVM, 2018. p. 67.

¹⁸ *Ibidem*. p. 70.

¹⁹PINTO, op. cit. p.111.

do próprio Estado Democrático de Direito”²⁰, seja ele exercido pelo Poder Judiciário, Tribunal de Contas, e até mesmo controle social.

Logo, não há dúvidas que é legítimo e necessário, o exercício do controle acerca do tema das polícias públicas, contudo, atualmente, deve ser analisado o método de aplicação mais adequado, bem como, os parâmetros e tendências que devem ser utilizadas para melhor aplicação do controle e manutenção da garantia dos direitos fundamentais.

2. A REFORMULAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL A PARTIR DE CRITÉRIOS DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL; DEFERÊNCIA; PRAGMATISMO E CONSEQUENCIALISMO NA TOMADA DE DECISÕES

Diante do amplo rol de direitos e garantias trazidos pelo legislador constituinte que devem ser assegurados pelo Poder Executivo; e, diante da ausência de recursos materiais fáticos e concretos para o seu cumprimento integral, tal tensão “resultou o fenômeno sobejamente conhecido da judicialização dos direitos fundamentais”²¹, principalmente aqueles relacionados aos litígios em torno de políticas públicas.

Nesse sentido, é fundamental destacar que embora os objetivos a serem alcançados pelo Estado – aqueles que geram à necessidade de criação de uma política pública – estejam delimitados pelo texto Constitucional de forma ampla, as alternativas de ação e o modo de implementação ficará a cargo de escolha do administrador público, no âmbito do exercício da sua discricionariedade. Portanto, é possível afirmar que a Carta Magna assegura o “macro” direito a ser garantido, e o Poder Executivo, no exercício da sua capacidade institucional irá delimitar o melhor método de materialização e minudenciamento fática do direito assegurado. Outrossim, tendo em vista que “países anglo-saxônicos, bem como, países latino- americanos, como, por exemplo, Brasil, adotaram o sistema de jurisdição una, na qual os julgamentos e litígios em que a Administração é parte competem aos juízes e tribunais comuns”²², o sistema Constitucional traz a possibilidade de submissão de escolhas políticas ao controle do Poder Judiciário, e sendo assim, a intensificação de demandas envolvendo políticas

²⁰ PALADINO, op. cit. p. 98

²¹ Id. – *Desafios à jurisdição em Políticas Públicas*: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia. p.2/3.

²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. p. 10.

públicas inexistentes, ineficazes ou inadequadas, se mostra cada vez mais presente no âmbito do exercício da função jurisdicional. Destarte, o controle é um fundamento extraído do próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

As principais questões envolvendo legitimidade e limites do controle judicial em relação as escolhas administrativas, envolvem questões tradicionais, tais como: separação dos poderes e a possibilidade ou não do controle do mérito administrativo, entretanto, a tendência dos novos mecanismos de controle envolvem uma análise prágmatica e institucional acerca das decisões formuladas pelo controlador. Nesse ponto, no que se refere as novas tendências de controle judicial está a idéia de “verificação de que o poder atribuído ao Estado está sendo manejado eficientemente para cumprir as finalidades que justificam e legitimam a sua atribuição ao agente público”²³. Inegável é a importância do exercício do controle judicial acerca de escolhas públicas vinculadas a garantia dos direitos fundamentais, entretanto, o modo de aplicação desse exercício vem sendo analisado sob diferentes perspectivas que merecem relevância no ordenamento jurídico atual.

Dessa forma, Valle²⁴ estabelece a possibilidade de provocação do exercício do controle jurisdicional em relação ao cumprimento dos direitos fundamentais assegurados por uma política pública, pelo menos em três distintas situações : 1) não há qualquer atuação estatal na matéria; 2) existe uma estratégia de ação em curso que se reputa inadequada ou ineficiente; e 3) existe uma ação em curso que, independentemente de qualquer avaliação quanto à sua eficiência ou adequação, não contemplou ao jurisdicionado.

A depender da situação na qual o Poder Judiciário se depare, o controle judicial será exercido com maior ou menor intensidade. Fato é que, a “decisão judicial que efetivamente censura uma política pública em desenvolvimento tem efeitos estruturantes – efeitos esses que devem ser cogitados no seu processo de formação”²⁵. Sendo assim, é possível afirmar que a intervenção do Judiciário só será legítima quando o “Poder Executivo não cumprir seu papel de elaboração da política pública de garantir o mínimo existencial, que servirá como garantidor da dignidade da pessoa humana”.²⁶ Ou seja, cabe ao Poder Judiciário atuar com cautela no momento do exercício do controle.

²³ MARQUES NETO, opt. Cit. p. 11.

²⁴ VALLE, opt. Cit. p. 107.

²⁵ Id. – *Desafios à jurisdição em Políticas Públicas*. o que se pode aprender com a experiência da Colômbia p. 9.

²⁶ WILLEAN, Flávio de Araujo. *O princípio da generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 227, p. 111-130, jan/mar. 2002. p. 126.

Sendo assim, é de fundamental relevância que o órgão jurisdicional, no momento do exercício da sua função típica, se atente a premissa de que a elaboração de uma política pública, envolve uma sequência de processos decisórios e escolhas tecnicamente formuladas e democraticamente legitimadas, através de análise de prioridades a serem enfrentadas no cenário atual. Nesse sentido, o controlador deve levar em consideração o impacto efetivo da decisão judicial no plano materialmente concreto. Nesse ponto, merece destaque a apitidão institucional do Poder Executivo de escolha da melhor estratégia de ação pública. Entretanto, por outro lado, temos a possibilidade de revisão judicial das escolhas públicas configura prevenção ao subjetivismo do controlador. Sendo assim, como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, "não é possível outorgar à Administração uma blindagem contra sistemas democráticos de controle do poder."²⁷ Portanto, o controle é legítimo e necessário, contudo, deverá ser ponderado a depender do caso concreto.

Dentro desse tema, uma das tendências propostas é a adoção do "controle judicial ablativo e não substitutivo, como o exercício da atividade judicial, em respeito às capacidades das intuições dos demais Poderes e as próprias limitações institucionais do Poder Judiciário"²⁸, dentre essas dificuldades ao exercício do controle, podemos destacar ausência de visão sistêmica das questões sociais; falta de aparelhamento técnico adequado para análise de questões complexas que demandam conhecimentos extrajurídicos; ausência de conhecimento dos recursos e instrumentos disponíveis ao Administrador, dentre outras questões.

Nessa linha de raciocínio, uma proposta apresentada aos órgãos controladores é a "deferência para com as escolhas administrativas antecedidas do devido dever de planejamento"²⁹. Nesse sentido, "deferência, não envolve subtrair a matéria de apreciação judicial, mas orienta-la a partir de uma posição que tem em conta, que respeita a escolha administrativa."³⁰ No mais, quando o julgador, adota o modelo de deferência para com a escolha da administração, subjetivamente, gera ao gestor público a necessidade de motivação concreta com a exposição dos motivos que geraram o surgimento daquela escolha política.

Acerca dos critérios para a implementação do modelo de deferência, Valle³¹, apresenta três distintos estágios que não de estar presentes no momento do exercício do controle

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. e MASSEST, Nadja Lírio do Valle M S Hime. *Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial*. p. 2.

²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. p. 25.

²⁹ VALLE, opt. Cit. p.2.

³⁰ Id. p. 13.

³¹ Id. p. 107.

jurisdicional: 1º) conhecer a ação pública em curso e suas razões determinantes; 2º) avaliar se a ação pública em curso está se desenvolvendo segundo o desenho do planejamento; 3º) promover ao diálogo entre as razões da Administração, e as objeções do agente controlador. Ou seja, é necessário que o controlador tenha uma visão sistêmica da política pública objeto da demanda, saindo da análise sob o ponto de vista extrinsecamente teórico e passando a uma análise no plano concreto.

Nesses moldes, a deferência para com a escolha administrativa deverá necessariamente analisar os elementos fáticos e concretos desde a construção da política pública, até a sua efetiva implementação. Assim, a “prática da deferência importa em reconhecer como valor constitucional a consideração do ponto de vista externado pela Administração com atenção e respeito, antes de proceder-se à sua rejeição”³². Portanto, o controle jurisdicional que modifique diretamente a execução de uma política pública, só deve ser aplicado de forma excepcional, permanecendo, como regra, as escolhas adotadas pelo gestor público.

Outrossim, cabe destacar que dentro das novas tendências de elementos que devem ser observados no momento do exercício do controle jurisdicional, “em razão do pragmatismo, o controle judicial não deve ficar adstrito às questões teóricas, preocupando-se com o contexto fático e com as consequências da decisão proferida.”³³ Nesse caso, a legitimidade de uma decisão judicial consequencialista dependerá, de capacidade institucional diversa daquela exercida pelo Poder Judiciário. Ou seja, o Poder Judiciário, principalmente no que se refere ao tema das políticas públicas, como regra, não possuiu capacidade institucional capaz de gerar a antecipação dos possíveis efeitos sistêmicos (jurídicos e extrajurídicos) da decisão proferida.

Analisando a vertente que trata das consequências da decisão judicial para com as escolhas administrativas, é fundamental destacar que o “controle não é um fim em si mesmo. “O controle deve ser responsivo, devendo ter um viés pragmático ou consequencialista.”³⁴ Ele é um instrumento para o aperfeiçoamento da Administração e para a busca de eficiência e efetividade”³⁵, sendo assim, os órgãos incumbidos constitucionalmente para o exercício do controle, devem sempre avaliar as consequências da medida de controle antes de adotá-la.

No que se refere a necessidade de implementação da visão consequencialista no momento do exercício do controle, a recente alteração trazida pela LINDB, no seu Art. 20³⁶,

³² SCALIA, apud. VALLE. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. p. 160.

³³ OLIVEIRA, opt. Cit. p. 23.

³⁴ Id.

³⁵ MARQUES NETO, opt. Cit. p. 12.

³⁶ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação

foi fundamental para sustentar a idéia de que o controle deve ser exercido visando alcançar as consequências práticas da decisão formulada pelo controlador, não sendo mais cabível reconhecer decisões adotadas com base em valores jurídicos abstratos.

Por seu turno, é necessário preservar a margem de discricionariedade do gestor público, bem como, observância as decisões formuladas por órgãos dotados de capacidade institucional da Administração, especialmente em questões que envolvam políticas públicas. “É preciso reconhecer à Administração Pública espaço, para, a partir do quadro de informações disponíveis, formular escolhas fundadas numa argumentação racional”.³⁷ Por vezes, a eficiência da Administração Pública, não implica necessariamente em aumento do controle.

Portanto, no que se refere ao controle judicial de políticas pública, “dá-se um deslocamento da cogitação jurisdicional do campo abstrato da configuração de um direito fundamental, para o terreno concreto da estratégia operacional de sua concretização.”³⁸ A “inserção de questões pragmáticas e institucionais no centro do debate do controle judicial dos atos administrativos é uma exigência típica de sociedades plurais”³⁹. Assim, um sistema de controle que só pune e invalida as medidas adotadas pelo gestor público, não se enquadra nos moldes do Estado Democrático de Direito.

3. O FOMENTO DO CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO.

O Estado Democrático de Direito trouxe grande destaque para os mecanismos de implementação dos direitos fundamentais, assim como o direito de participação dos cidadãos no processo político decisório, como forma de consolidação democrática. Desse cenário, resultou o direito da sociedade de decidir sobre questões relacionadas com à destinação e aplicação dos recursos públicos e o planejamento do Estado. O conceito de exercício do governo por representação – essência da democracia representativa – permitiu, portanto, a compreensão de como se articulam o povo e poder.

Nesse sentido, “a política neoliberalista é tida como justificadora de reformas políticas e econômicas supostamente capazes de ampliar a liberdade e a participação dos indivíduos no

demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”

³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. e MASSEST. Nadja Lírio do Valle M S Hime. *Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial*. p. 17.

³⁸ VALLE, Política públicas, direitos fundamentais e controle judicial. p. 108.

³⁹ OLIVEIRA, opt. Cit. p. 26.

processo democrático, bem como de promover a melhoria das condições sociais”⁴⁰. Assim, dentre as mudanças trazidas pelo processo de redemocratização do Estado brasileiro há grande destaque para o alargamento da cidadania e o crescimento da democracia na esfera local. Por certo, as transformações decorrentes de reformas administrativas têm caminhado na direção de ampliação do controle social.

Nesse sentido é possível afirmar que o processo de transformação por qual a Administração Pública passou ultrapassa questões de reestruturação de órgãos e carreiras do Estado; mas sim, modifica consideravelmente a relação firmada entre o Estado e a sociedade na tomada de decisões políticas. Por meio das reformas introduzidas no Brasil, há grande alteração dos mecanismos de controle da Administração Pública, com ênfase no atingimento de resultados e ampliação da possibilidade do controle social.

Nesse modelo, a sociedade possui um papel fundamental no que se refere a fiscalização da atuação do gestor através de mecanismos de controle social, haja vista que “a participação da população nas decisões políticas permite o aprofundamento do debate democrático e a construção de novas formas de relacionamento entre o Estado e os administrados”⁴¹. Portanto, é dentro desse aspecto que deve ser reconhecida a importância da participação popular como forma de aperfeiçoamento da democracia.

A necessidade de legitimação dos atos firmados pelo Poder Público por meio de instrumentos de participação popular é uma tendência do novo modelo de Administração Pública, com isso, “a atuação administrativa torna-se potencialmente mais adequada e legítima evitando discussões posteriores que tendem a gerar instabilidade social”⁴². Sendo assim, a participação popular na tomada de decisões formuladas pela Administração Pública garante maior legitimidade nas decisões governamentais adotadas. Nesse cenário, o controle social deve ser entendido como aquele exercido pelo povo, fiscalizando e controlando as atividades do Estado, como um direito de prestação de contas da *res pública*.

Assim, o ordenamento jurídico traz consigo não só instrumentos de controle da ação administrativa, mas também instrumentos de participação do cidadão no processo de elaboração de políticas públicas. “A participação popular em procedimentos administrativos permite a elaboração da decisão política a partir das necessidades e expectativas da sociedade civil”⁴³.

⁴⁰ CABRAL, Luciola Maria de Aquino. *Temas avançados da advocacia pública: direito administrativo e políticas públicas*, volume III. 1. Ed. Maringá, PR, 2013. Controle Social e democracia participativa. p. 173.

⁴¹ CABRAL. Op. cit. p. 22

⁴² OLIVEIRA, opt. Cit. p.27

⁴³ Id.

Atualmente, trata-se de poder/dever da população através dos métodos de exercício do controle social acompanhar direta e permanentemente as decisões tomadas pelos legitimamente eleitos. Tradicionalmente, a participação política é considerada o ponto de partida para o exercício do controle social. Nesse sentido, o direito ao voto é considerado, por excelência, como método de participação popular. Contudo, é necessário que a legitimidade popular seja observada em todas as fases do ciclo de poder. Portanto, o modelo atual ultrapassa a idéia tradicional no qual a participação popular na tomada de decisões encontrava-se exclusivamente vinculada ao exercício do sufrágio. Atualmente, a participação popular nas escolhas formuladas pela Administração Pública vai muito além do momento de escolha dos seus representantes, sendo possível afirmar a forte tendência de adoção de uma democracia participativa em todas as etapas de atuação do Poder Público. Visando fomentar a prévia participação popular na tomada de decisões, o sistema político brasileiro traz diferentes instrumentos de participação popular na atividade Administrativa, tais como: audiências públicas, consultas públicas, direito de petição, ouvidorias, entre outros.

No mais, é fundamental destacar que a utilização dos mecanismos de controle prévio de participação popular, tais como alguns citados acima, não excluiu a possibilidade de utilização dos instrumentos de controle posterior, tradicionalmente, exercido por meio da tutela jurisdicional, portanto, mecanismos como ação popular; ação civil pública; mandado de injunção; habeas data; dentre outros, continuam sendo mecanismo de controle social exercido pelo cidadão em momento distinto.

No que se refere ao controle social preventivo ou concomitante, independentemente do modelo participativo adotado, a dificuldade que se registra é que para garantir uma efetiva participação dos cidadãos, nesse campo de debate, o conhecimento técnico sobre determinadas matérias se mostra indispensável, e isso, por muitas vezes, não está ao alcance da população. O acaba gerando uma espécie de “monopólio participativo” dos setores diretamente interessados no assunto em debate. Outrossim, no Brasil, infelizmente, “inexiste uma cultura de autoconfiança do cidadão, compreendido como capaz de exigir os seus direitos perante o Estado, a fiscalização dos resultados obtidos pelas políticas públicas é quase nula.”⁴⁴ Tal tendência, acaba gerando uma judicialização excessiva de demandas individuais que visam a obtenção de direitos fundamentais.

Em se tratando de políticas públicas, fundamental se mostra a prévia participação popular nas escolhas formuladas pela Administração Pública, uma política pública

⁴⁴ SILVA, Opt. Cit. p. 51/56.

desenvolvida com o auxílio da visão social, através da formulação de um debate realizado entre a sociedade diretamente interessada e o gestor público, acarreta futuramente um maior grau de aceitação e legitimidade da decisão adotada e consequente redução da judicialização da política pública. Fato é que, a formulação/desenvolvimento/ controle de um política pública trata-se de uma matéria que possuiu maior proximidade entre o gestor dos recursos públicos e a população titular do direito fundamental. Afinal, a cooperação Estado e sociedade se materializa principalmente pela participação dos interessados.

Ou seja, atualmente ainda há uma grande distância entre o planejamento e a concretização material do interesse público, tendo em vista a ausência de conhecimento do sistema por parte da população. Infelizmente, o cidadão comum ainda não sabe como atuar perante ao Estado, e nem como efetivamente exercer a plena cidadania. A eficiência do exercício do controle social está condicionada à uma educação popular instituída a longo prazo, bem como, a utilização de mecanismos legítimos, e de conhecimento geral.

Portanto, com o atual modelo de administração consensual e democrática, observando a necessidade de utilização de novos institutos que possibilitem a participação dos administrados na adoção das escolhas públicas através do fomento aos mecanismos de participação popular e a efetiva participação social na tomada de decisões políticas, o controle social pode ser utilizado como instrumento fundamental de redução da judicialização da política pública.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que diante da centralidade dos direitos fundamentais e a imposição de obrigações positivas a serem atingidas pelo Estado, a formulação de políticas públicas se apresenta como um elemento fundamental de estruturação e desenvolvimento social. Sendo assim, uma atividade essencialmente atribuída à Administração Pública, se mostrou evidente que a formulação de políticas públicas deriva de uma sequência de decisões complexas e inter-relacionais que devem ser observadas através da melhor escolha a ser feita pelo gestor público, sob a ótica da discricionariedade (técnica, procedimental e orçamentária). O planejamento técnico e orçamentário visa revestir a escolha administrativa de legitimidade.

Por um outro lado, frise-se que essa escolha não pode ser excluída do exercício do controle, seja ele através da fiscalização dos órgãos de controle, pelo Poder Judiciário ou diretamente por meio da sociedade, como fruto do Estado Democrático de Direito, tendência esta que vem a ser

defendida ao decorrer do trabalho. Ocorre que, em se tratando de políticas públicas a tendência é a adoção da judicialização como forma de questionamento das decisões do gestor público.

O entendimento a que chegou este pesquisador, no que se refere ao controle Judicial, consubstancia-se na ideia de que em muitas vezes o Poder Judiciário não possuiu elementos e mecanismos capazes de proferir a melhor decisão em se tratando de políticas públicas, uma vez que tal atividade não está inserida no âmbito da sua capacidade institucional. Assim, a pesquisa vem apresentar critérios e mecanismos modernos trazidos pela doutrina contemporânea que devem ser observados no exercício do controle Judicial. O controlador Judicial ao se deparar diante de um conflito que envolva fundamentalmente a análise de políticas públicas deve se atentar a questões como: capacidade institucional; deferência para com a escolha administrativa planejada; pragmatismo e consequencialismo na tomada de decisões.

Dessa forma, concluiu-se a partir desses fundamentos que não se encontra no âmbito da capacidade institucional do Poder Judiciário a substituição da escolha formulada pelo gestor público em se tratando de matéria de políticas públicas. Trata-se de atuação atribuída à própria Administração Pública. A implementação de políticas públicas necessita de uma visão sistêmica, dinâmica e que demanda conhecimentos que extrapolam o âmbito estritamente jurídico, cabendo ao Judiciário agir com maior cautela.

Ficou evidente que a deferência para com a escolha administrativa precedida do devido planejamento se mostra como o instrumento mais apto para preservar a política pública em desenvolvimento até o momento da sua maturação. No mais, observou-se que ao lado do instituto da deferência, a visão consequencialista e pragmática é fundamental em se tratando de políticas públicas. Nesse sentido, defende-se que a atuação no âmbito do Poder Judiciário deve ser exercida com maior cautela e diálogo entre as razões e fundamentos do gestor público para a tomada da decisão.

Como principal argumento utilizado por esta pesquisa, para a solução da excessiva judicialização de políticas públicas, sustenta-se na premissa de que se faz necessário investir em mecanismos de fomento de controle social, uma vez que trata-se de um poder/dever da sociedade o acompanhamento das decisões adotadas por aqueles que os representam. Assim, é possível que o exercício do controle social se dê previamente à atuação do gestor público, através de mecanismo de participação popular na tomada de decisões, tais como, audiências públicas e consultas públicas, ampliando o grau de aceitação social da decisão. É necessário implementar cada vez mais o diálogo entre a população e a Administração Pública.

A adoção de um modelo de administração consensual e dialógica permite a formulação das melhores decisões públicas, tanto para o administrador, quanto para os seus administrados.

Assim, o planejamento do Estado, em toda a sua atividade, e principalmente nas que envolvem o desenvolvimento de políticas públicas, deve ser somado a participação daqueles que necessitam da prestação do direito fundamental. Por outro lado, é necessário que o próprio cidadão busque participar mais da formulação de decisões políticas, de maneira que o exercício democrático não se restrinja apenas ao sufrágio. A participação e o controle devem ser permanentes. Trata-se de uma questão cultural que deve ser fomentada e incentivada.

Portanto, essa pesquisa pretende sustentar que o fomento ao exercício do controle social na tomada de decisões pela Administração, a longo prazo, pode ser uma forma de reduzir a judicialização excessiva acerca do tema das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. Nº. 1.185.474-SC. Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201302299273 Acesso em: 06/04/2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compiladotm . Acesso em: 12/11/2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*: São Paulo: Saraiva, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2005.

CABRAL, Luciola Maria de Aquino. *Temas avançados da advocacia pública: direito administrativo e políticas públicas. Controle Social e democracia participativa*. Maringá, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. In. SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle social: reformando a administração para a sociedade in: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília. Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 7. Ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODVIVM, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, 2012.

PALADINO, Carolina de Freitas. *Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial*. Direito e Democracia. Canoas. V.9.n.1,p.90-108/jan/jun. 2008.

PINTO, Élidea Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do Planejamento*. Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/ Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle social: reformando a administração para a sociedade in: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília, 2002.

SILVA, Paulina leticia da. *O controle social das políticas públicas como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais sociais*. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, 2016.

TÁCITO, Caio. *Proteção dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, out/dez 1993.

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

_____. *Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia*. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/9530845/4239476/VaniceValle_DesafiosajurisdicaeopoliticaspUBLICASoqueSepodeaprendercomaexperienciadaColombia.pdf. Acesso em: 12/11/2019.

_____. *Controle social: promovendo aproximação entre Administração Pública e a cidadania*. : Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública. Brasília. Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

_____; e MASSEST, Nadja Lírio do Valle M S Hime. *Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial*. Direito Administrativo e Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Íthala, 2019.

WILLEAN, Flávio de Araujo. *O princípio da generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fórum, 2002.