

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Thaís Cruz Silva de Andrade¹

João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

O presente artigo propõe-se a discutir, em uma visão dialógica do conhecimento, conceitos de doutrinadores quanto à discricionariedade administrativa na formulação e execução das políticas públicas. Busca-se uma real participação democrática nas políticas públicas de modo que se encaixe na complexidade social atual. Expõe-se se há possibilidade das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado serem, não só fiscalizadas, como também controladas pelo Poder Judiciário para que se consiga a concretização dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal. Para tanto, utiliza-se pesquisa doutrinária, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Políticas públicas. Controle jurisdicional.

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY

ABSTRACT

It is argued, from a review article in a dialogical view of knowledge, scholars regarding the concepts of administrative discretion in the formulation and implementation of public policies. Search is a real democratic participation in public policy in order to fit the current social complexity. It explains that there is a possibility of public policies developed by the State are not only monitored but also controlled by the judiciary, so as to achieve the realization of these fundamental rights in the Constitution. For this purpose, we use doctrinal research, document and case law.

Keywords: Administrative discretion. Public policies. Jurisdictional control.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.
E-mail: thais-cruz@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.
E-mail: jbmmb@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

De modo cada vez mais comum, podem-se ver decisões como as abaixo transcritas, nas quais o Poder Judiciário garante fornecimento de medicamento negado pelo Estado:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. (STF) (RMS 24197/PR) (BRASIL, 2010)

Poderia o Estado, porém, se negar a prestar os medicamentos necessários à saúde de alguém sob o fundamento do acompanhamento da doença não ter sido feito por médico credenciado pelo Sistema Único de Saúde? E, em se negando, o caso se encerraria por isso mesmo, uma vez que os Poderes têm sua autonomia para agir?A

A probabilidade de se deparar com perguntas dessa natureza não é pequena e, para resolver tal problema, é necessário o estudo da intervenção/controle do Poder Judiciário com relação ao Poder Executivo, principalmente no que diz respeito às políticas públicas.

O presente trabalho tem por finalidade discutir os limites da discricionariedade da Administração Pública na formulação e execução de políticas públicas e como deve ser feito seu controle por parte do Poder Judiciário.

O primeiro tópico trata da formação do Estado e da autonomia dos Poderes: origem dos Estados, sua evolução histórica e a separação dos Poderes como limitação da soberania.

Diversas são as teorias que buscam explicar a origem do Estado. Elas são baseadas em hipóteses e consideradas sob a ótica histórica e sociológica. A origem da

separação dos Poderes se encontra em Aristóteles, em sua obra “A Política”, mas ele não tratou da funcionalidade da separação deles, o que foi feito posteriormente.

O tópico seguinte aborda as políticas públicas: o que são políticas públicas, os princípios da administração pública na elaboração delas e os desafios que lhes garantam a efetivação.

A Constituição Federal, no início do seu artigo 196, versa que “A saúde é direito de todos e **dever do Estado** [...]”. (grifo meu). A saúde é um direito inerente a qualquer cidadão. Como esse e o restante dos direitos são efetivados? Através das Políticas Públicas, que devem ser elaboradas e executadas pelo Estado.

No tópico posterior, foi exposto o que viria a ser ato administrativo vinculado, ato administrativo discricionário e como é feito o controle desses atos por parte da própria administração pública. Conceitos deveras importantes para a limitação da atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo.

Os dois tópicos seguintes trataram de expor a discricionariedade da Administração Pública na elaboração e execução das políticas públicas, bem como sobre o controle jurisdicional das políticas públicas.

Para um melhor entendimento acerca do tema, necessária se faz a exposição dos elementos que levaram, dia após dia, a uma maior efetivação dos direitos do cidadão. Para tanto, nada mais considerável que a origem do Estado e a separação dos Poderes como forma de descentralização do Poder, estimulando uma maior participação dos cidadãos.

2. FORMAÇÃO DO ESTADO E AUTONOMIA DOS PODERES

O homem é um ser eminentemente social e político. Onde quer que se busque na história do homem, será constatado que ele é levado a um estado de convivência com os demais. Desde os primórdios, com o *homo sapiens*, há também o surgimento de grupos sociais. Inicialmente eles eram pequenos e desorganizados. Pela aglomeração de grupos maiores acabou por surgirem as aldeias, as cidades e o Estado.

Segundo Sahid Maluf (2010, 69-73), as principais teorias sobre a origem do Estado são: a) teorias da origem familiar; b) teoria da origem patrimonial; e c) teorias da

força. Como citado anteriormente, nesse trabalho, o ponto de vista exposto nestas teorias é tanto histórico quanto sociológico.

A primeira teoria, dentre as outras a mais antiga, possui um teor bíblico e compreende duas correntes: corrente patriarcalística (ou patriarcal) e corrente matriarcalística (ou matricarcal). A primeira corrente sustenta que a origem do Estado deriva do núcleo familiar, cuja autoridade se encontraria nas mãos do homem mais velho, no caso, o patriarca. Segundo Maluf (2010, 70-71), após observar entendimento de La Bigne de Villeneuve, uma família fecunda pode ser o ponto de partida de um Estado – e disso há muitos exemplos históricos. Mas, em regra, o Estado se forma pela reunião de várias famílias. Os primitivos Estados gregos foram grupos de clãs. Estes grupos formavam as *gens*; um grupo de *gens* formava a *fratria*; um grupo de *fratrias* formava a *tribu*; e esta se constituía em Estado-Cidade (*polis*). E, dessa forma, a *polis* teria evoluído para o Estado Nacional ou plurinacional. A segunda Corrente, por sua vez, reza que a primeira organização familiar teria sido baseada na autoridade da mãe. Como, geralmente, decorrente da convivência primitiva promiscua, era incerta a paternidade, a autoridade suprema das famílias primitivas teria sido a mãe. Apesar dos estudos dos primórdios da história social constatar que o matriarcado precedeu o patriarcado, esta foi a que exerceu maior influência quanto à evolução histórica dos povos.

A segunda teoria é baseada na filosofia de Platão, que afirmou a origem do Estado ter sido consequência da união das profissões econômicas. O Estado seria “uma organização destinada a proteger a propriedade e regulamentar as relações de ordem patrimonial” (SAHID MALUF, 2010). Nesta ótica, o Estado Feudal se encaixaria perfeitamente a este entendimento, já que era uma organização de ordem puramente patrimonial. Nos tempos modernos, esta foi a teoria admitida pelo socialismo.

E, por fim, a terceira teoria. Também chamada de “origem violenta do Estado”, a teoria da força reza que a organização política foi resultado da dominação dos mais fortes sobre os mais fracos. Após diversos estudos, foi constatado que essa luta entre os indivíduos resultou na criação do poder público com o intuito de regulamentar essas dominações.

Acerca do caso, Franz Oppenheimer (2011):

O Estado é inteiramente, quanto à sua origem, e quase inteiramente, quanto à sua natureza, durante os primeiros tempos da sua existência, uma organização social imposta por um grupo vencedor a um grupo vencido, destinada a manter esse domínio internamente e a proteger-se contra ataques exteriores.

Para estancar o egoísmo individual e moderar as pretensões que fossem conflitantes, buscou-se a criação de algo com poder religioso, guerreiro, coercitivo, matriarcal, patriarcal, que com a força estabelecesse direitos e realizasse a justiça. E este “algo”, seria o primeiro delineamento do que viria a ser Estado.

Fustel de Coulanges, segundo o professor Leonardo Busa, em site da PUC/GO – Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2011), sobre o tema:

Entre a violência e as vãs utopias, na região média em que o homem se move e vive, encontram-se os interesses. São eles que fazem as instituições e que decidem sobre a maneira pela qual uma comunidade se organiza politicamente.

Vários são os conceitos acerca da formação do Estado. Por esse mesmo motivo, é difícil conceituar o que é esta instituição. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 43), é absolutamente impossível (encontrar um conceito), pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores, fazendo com que seu conceito seja cheio de subjetividade. Registra C.H.TITUS (1931, 45-60) ter conseguido reunir 145 (cento e quarenta e cinco) conceitos diferentes sobre esse termo. Dentre conceitos de vários autores, Dallari (1995, 43-44) restou por concluir que um conceito adequado para Estado, seria o seguinte: Ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos, já que o conceito de poder está implícito no de soberania.

A evolução do Estado deve ser analisada de acordo com a evolução da humanidade, pois dessa forma será possível depreender as formas que o Estado tem perseguido durante o passar dos tempos. A maioria dos autores que tratam de tal

evolução traçou uma sequência, na qual as principais fases são: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

Quanto ao Estado Antigo, conceituado como o mais antigo, reza Gettel (1979, 61 e segs.) que a família, a religião, o Estado, a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em consequência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas. Desse modo, este Estado teve como sua marca fundamental, a natureza unitária e a religiosidade. A primeira, como o próprio nome já diz, caracterizada pela unidade, ou seja, não admitia divisão (nem territorial, nem funcional). Quanto à segunda, a religiosidade, tinha como característica a religião. Essa característica era tão forte que o Estado Antigo também podia ser denominado Estado Teocrático. Foi marcada pela autoridade de governantes segundo a vontade do poder divino, ou seja, as normas de comportamento e a autoridade dos governantes derivavam da vontade de Deus, colocando de forma estreita a relação entre Estado e divindade. Com muita propriedade, Jellinek (2004, 216-219) dividiu essa característica em dois pontos: um, onde o governo era unipessoal e o governante era tido como representante de Deus na terra, sendo confundido, muitas vezes, como sendo o próprio Deus na terra; e outro, onde o poder do governante era limitado pelo poder de Deus, representado pelos sacerdotes.

Embora existentes várias diferenças entre os principais Estados Gregos, Atenas e Esparta, reza Dallari (1995, p. 26) que a concepção de ambos como sociedade política era bem semelhante, o que permite a generalização. A principal característica se encontra nas *polis* (cidade-estado), que eram a sociedade de maior prestígio. Segundo Aristóteles em, A política, a sociedade constituída por diversos pequenos burgos forma uma cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, tendo atingido, por assim dizer, o fim a que se propôs, tendo sido interpretado por Dallari (1995, p. 26) de maneira que nas *polis* o ideal visado era a autossuficiência, característica de grande relevância, fazendo com que, mesmo quando esses Estados efetuaram conquistas e dominaram outros povos, não se efetivasse expansão territorial e não se procurasse a integração de vencedores e vencidos numa ordem comum.

A idéia moderna de um Estado é de um Estado Democrático, que tem suas raízes fincadas no século XVIII. Essa idéia provoca a afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana, além de exigir uma organização e funcionamento do Estado de modo a respeitá-los e protegê-los. O arrimo do Estado Democrático é a democracia, tendo

surgido das lutas contra o absolutismo. Apesar de Rousseau (2002, 42-47) não ter proposto a adoção de um governo democrático e ter afirmado que tal formato só se adequaria aos pequenos estados, disse que um povo que governar sempre bem não necessitará de ser governado, bem como que jamais existiu democracia nem existirá nunca, e ainda concluiu que se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens. Embora essas afirmações, Rousseau teve e tem grande influência para os Estados Democráticos, decorrendo dele os princípios que norteiam tal regime, como o princípio da supremacia da vontade popular, referente à controvérsia da participação popular no governo; o princípio da preservação da liberdade, que clama respeito pelos entes estatais aos direitos do cidadão e às liberdades públicas; e o princípio da igualdade de direitos, o qual proíbe discriminação de qualquer que seja a natureza em relação ao gozo dos direitos. O objetivo maior foi sempre a participação popular na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade, conforme reza Dallari (1995, p. 56).

Como dito anteriormente neste trabalho, a noção teórica da separação dos poderes em três, surgiu com Aristóteles em sua obra “A Política”. Este pensador detectou a existência de três funções exercidas pelo poder soberano: a função de elaboração das leis (função legislativa), a função de aplicação dessas leis aos casos concretos (função executiva) e a função de resolver os conflitos trazidos pela aplicação dessas leis (função judiciária). Apesar de esse pensador ter observado essas funções distintas, à sua época esta aplicação seria por uma única pessoa: o soberano.

Séculos depois, Charles Montesquieu (2004), em sua obra “Do Espírito das leis”, surgiu com uma idéia adaptada acerca da tripartição dos poderes. Sua análise da questão concluiu que as três funções não poderiam ser exercidas por uma mesma pessoa, já que o poder tende a se corromper sempre que não encontra limites. O pensamento de Aristóteles aliado ao de Montesquieu (além de John Locke) consolidou a tripartição dos poderes como doutrina política. A teoria de Montesquieu surgiu como substancial oposição ao Absolutismo e se consolidou na Revolução Francesa. Desde então, o princípio da separação dos poderes foi considerado vinculado ao constitucionalismo, passando a fazer parte da estrutura organizacional do Estado.

A ótica rígida dessa separação se mostrou inviável na prática, restando superada nos dias de hoje. O que ocorria era o arbítrio por parte de cada um dos poderes em razão de sua total independência. A mudança de visão adveio da necessidade de impedir que esses órgãos se tornassem independentes ao ponto de se afastarem da vontade política central.

Hoje se exige coordenação e harmonia entre os poderes de modo que, além de suas funções sejam desempenhadas funções que, a priori, seriam características de outro poder. Em face disso, a ótica rígida foi sendo substituída pela visão flexível: cada poder acaba por exercer as três funções, mas de forma moderada: uma de natureza predominante ou típica e outras de natureza secundária ou atípica.

O modelo da separação flexível dos poderes foi adotado pela Carta de 1988, que elucida que os poderes além de exercerem suas funções estatais, também desempenhariam funções assemelhadas às funções de outros poderes.

Devido à nova concepção desse princípio, a doutrina americana consubstanciou o mecanismo de controles recíprocos, o chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que deseja garantir, por meio de controles recíprocos admitidos na Constituição, a harmonia entre os poderes. Tal controle não caracteriza subordinação entre os poderes, mas limitação ao exercício visando, além de prevenir o arbítrio, garantir o equilíbrio indispensável à efetivação do bem comum. Acerca do assunto, o Professor José Afonso da Silva (2002, 111-112), acerca do tema na Constituição Federal:

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art.66)

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus

projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para a sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art.64.

Se os tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional. Em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob o controle do Senado Federal, a quem cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, *a*).

A idéia que prevaleceu até o início do século XX girava em torno de um Estado mínimo, no qual o Estado era responsável por assegurar o mínimo à população, garantindo a propriedade, a não intervenção no mercado – considerado autônomo -, a segurança pública. Segundo Vasco Manuel Pascoal Pereira da Silva (1996, p. 74) a mudança do modelo de Estado implicou, sobretudo, transformações ao nível da função administrativa. Já que, num Estado que se tornou social, a Administração, até então, apenas considerada como agressiva dos direitos dos particulares vai ser entendida como o principal instituto de realização das novas funções e de satisfação das novas necessidades que são, agora, atribuídas ao Estado. Assim, a Administração passa de agressiva à prestadora ou constitutiva, e essa sua nova função torna-se a principal característica do Estado social que é, necessariamente, um ‘Estado de Administração’. O modelo de Estado atual é designado como Estado Constitucional, já que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu metas e princípios a serem seguidos a fim de, por exemplo, diminuir a desigualdade social através do estabelecimento de políticas públicas e a real efetivação delas, buscando a plenitude da dignidade humana que a maioria da população, menos favorecida, não consegue exercer.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Versa Maria Goretti Dal Bosco (2007, 239-256) que compreender a política pública envolve, acima de tudo, decifrar o poder que se concentra nas mãos dos atores governamentais, verificar o desempenho constitucional de cada Estado no que se refere

às incumbências dadas a cada qual para decidir as ações a serem praticadas e, também, aquelas que não serão consideradas.

Segundo Peter Hall (1993, 259-278), a teoria dos sistemas costuma explicar a expressão “políticas públicas” como o cumprimento das funções requeridas para a manutenção de um determinado sistema político e econômico. Os modelos de políticas econômicas teriam duas funções: a de acumulação, compreendida como a manutenção das condições que proporcionam a acumulação de capital, e a função legitimatória, que compreende a manutenção da paz social e o apoio ao regime político.

Desse modo, política pública pode ser considerada como “um conjunto de práticas e normas que emanam de um ou de vários atores públicos” (MENY, 1992) para a obtenção de objetivos relativamente definidos. Para um melhor entendimento acerca do tema, Carvalho Filho em Políticas Públicas – Possibilidades e limites (2008, 110-111):

Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades.

A administração pública é o centro da implementação das políticas públicas. Desse modo, o Estado passa a ser, nas palavras de Thiago Lima Breus (2007, 214-215), uma arena de disputa pelo acesso à riqueza social, haja vista que as políticas públicas, inequivocadamente, envolvem conflitos entre as camadas sociais e, de modo invariável, implicam escolhas que resultam no atendimento de um interesse em detrimento de muitos outros. Galdino (2005, p. 159) complementa que diante da escassez de recursos, alguns direitos serão suprimidos em detrimento de outros, por mais imprescindíveis. As escolhas, desta forma, significam o conteúdo ético das escolhas políticas, ‘escolhas realmente trágicas’. Por conseguinte essas escolhas significarão uma opção trágica no sentido de que, em certa medida, algum dos direitos não será atendido.

As políticas públicas representam um tema bastante complexo uma vez que significam uma preocupação de caráter público, ou seja, em constante mudança. Mas seu conceito central se baseia na concretização dos direitos sociais mediante prestação positiva do Estado.

A função do Estado, além de concretizar essas políticas, é de coordenar e fiscalizar os agentes privados que desempenham também desempenham essa função: assistência social, saúde, segurança, habitação, previdência, energia, transportes, dentre outros. Desse modo, as políticas públicas não se resumem aos direitos fundamentais dos cidadãos. Englobam também uma política de desenvolvimento. Política tal que possibilita o aumento de nível e qualidade de vida do cidadão.

Sendo as políticas Públicas programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, elas apresentam uma similitude com a noção de plano administrativo (Breus, 2007, p. 221, apud Franco). Entretanto, ainda que a política pública possa consistir num programa de ação governamental, ela não se exprime necessariamente no instrumento jurídico do plano (Breus, 2007, p. 221, apud Bucci, 2002).

Pelo exposto, extrai-se o entendimento de que as políticas públicas vão além de um mero plano a ser seguido. Segundo Bucci (2002, p. 140), são programas do governo para realização de objetivos determinados em um espaço de tempo.

Ainda, de acordo com a referida autora, os planos e programas serão instrumentos pelos quais serão instrumentalizadas as políticas públicas, na qual, para tal, expressar-se-ão em leis que permitam institucionalizar suas diretrizes e metas. Contudo, o termo política pública é mais abrangente que o de plano ou de programa (os quais apenas escolhem meios de realização das metas de governo), compreendendo, para tanto, um ensejo de opção entre os objetivos (havendo, portanto, uma hierarquização) a qual depende dos agentes através de uma escolha de prioridades.

O poder da administração no que tange as políticas públicas não deve ter uma visão imediatista, mas uma visão de futuro, a longo prazo, de modo que o desenvolvimento social e econômico ocorra para a presente e futuras gerações. Assim, sua realização deve extrapolar o limite do mandato dos governantes. Esses objetivos se encontram elencados na Carta Magna, os quais não podem ser sacrificados quando da mudança de poder.

Segundo Thiago Lima Breus (2007, p. 223), a efetividade de uma política pública, de qualquer natureza, está relacionada com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional dos servidores

públicos, a disciplina jurídica dos serviços públicos determinarão em concreto os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento.

Para a elaboração e execução das políticas públicas, devem ser observados os princípios que regem a administração pública, os quais se encontram elencados no art. 37 da Carta Maior que reza:

Art. 37. 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 [...].

Tais princípios estabelecem a base normativa fundamental do regime jurídico-administrativo brasileiro, que se irradia por todo ordenamento jurídico-administrativo infraconstitucional, vinculando a conduta dos administradores públicos no desempenho de suas funções nas três esferas governamentais, além dos próprios administrados. São essas normas ‘vetores principiológicos da Administração Pública Brasileira’ no dizer de Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (2002, 87-88)

O princípio da legalidade é o “antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*” (BANDEIRA DE MELLO, 2002).

Bertoncini (2002, 90-91), apud Alessi (2007), acerca do assunto:

O princípio da legalidade – explica Renato Alessi – “subordina a atividade administrativa ou executiva à função legislativa do Estado. Tal subordinação possui duplo sentido: negativo e positivo. No sentido negativo, quer significar que a atividade administrativa encontra limite formalmente insuperável na lei, a qual pode proibir determinada atividade tanto no que se refere à finalidade, quanto no que tange aos meios e formas. No outro sentido – positivo -, e sobretudo nesse, a lei pode vincular positivamente, ou determinados meios ou determinada forma. O princípio da necessária legalidade da atividade administrativa impõe à Administração o ônus dela fazer somente aquilo que a lei consente.

Conforme o entendimento de Ângela Cassia Costaldello (1998, 49-50), o que o princípio da legalidade quer significar é que não se pode submeter a administração apenas à lei formal, mas sim a todo o ordenamento e seu poder normativo, que contempla a democracia, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais

do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, com vistas a construir uma sociedade melhor e mais justa, um Estado de Direito Material, isto é, um Estado Constitucional, pelo que passa a ser chamado também como o princípio da juridicidade, ou seja, de submissão da Administração ao Direito.

Este princípio de tamanha relevância é, segundo entendimento do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 91), um quadro normativo que embarque os favoritismos, perseguições e desmandos.

No Brasil, a interpretação quanto ao princípio da legalidade é de natureza estrita, ou seja, não flexível, de modo que a Administração deve observar, acatar integralmente o disposto na lei.

A aplicação desse princípio quanto às políticas públicas se dá da seguinte forma: As políticas públicas, como instrumento de ação do Estado para concretizar as suas finalidades, estão, por evidente submetidas ao princípio da legalidade, no sentido de que, tanto em relação aos meios quanto aos fins, a inobservância do princípio da legalidade pode gerar a invalidação da política pública, por meio da declaração de nulidade dos atos que lhe dão substrato (Breus, 2007, p. 228, apud Comparato, 1997).

Acerca do princípio da impessoalidade, segundo Mateus Bertoncini (2002, p. 99), existem três correntes doutrinárias: a que trata o princípio da impessoalidade como correspondente do princípio da finalidade, a que reza que o princípio da impessoalidade seria equivalente ao princípio da igualdade, e a que trata o princípio da impessoalidade por si mesmo, com seu conteúdo próprio.

Segundo a primeira corrente, o princípio da impessoalidade e o da finalidade configuram a mesma coisa. Desse modo, deve o agente público perseguir o interesse público expresso na lei, atuando sem subjetivismos.

Já a segunda corrente, trata o princípio da impessoalidade como sendo “senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia” (BANDEIRA DE MELLO, 2002).

Ambas as teorias apresentam falhas, já que acabam por suprimir o princípio da impessoalidade tornando-o um (finalidade) ou outro (igualdade). Para Lucia Valle Figueiredo (2001, p. 62), a impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político, levando com isso, à igualdade, mas com ela não podendo ser confundida.

Já a corrente que trata do princípio da impessoalidade como ele próprio, segundo Bertoncini (2002, p. 102), apud José Afonso da Silva (2001), os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.

De fato, o princípio da impessoalidade não pode ser considerado a um só tempo como sinônimo de finalidade, como sinônimo de igualdade ou, ainda, com um significado que lhe seja peculiar. Não pode ser a impessoalidade, ao mesmo tempo, três realidades distintas, segundo preconiza Mateus Bertoncini (2002, 100-104).

Quanto à definição de conceitos, creio que o princípio da moralidade configura um dos, senão o mais difícil de ser delineado. Segundo o Dec. 1.171, de 22 de junho de 1994, para alcançar a moralidade, o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput e § 4º, da Constituição Federal (Dec. 1.171/94, capítulo I, Seção I, n. II).

O que se observa a partir da conceituação deste princípio é que ele de fato é consolidado quando a legalidade e a finalidade na conduta do servidor também o são.

Outro princípio elencado no artigo 37 da Carta Maior é o da publicidade. Este princípio indica que os atos da Administração Pública devem ser amplamente divulgados (em órgãos de imprensa e nas próprias repartições públicas) entre os administrados de uma maneira tal que abarque o maior número de pessoas possíveis, constituindo assim, uma possibilidade de controle da legitimidade das condutas dos agentes administrativos. Disto, pode-se retirar o entendimento de que apenas em hipóteses excepcionais ocorrerá o sigilo na Administração.

Como observa o professor José dos Santos Carvalho Filho (2010, 28-30), “é importante que não se deixe de fora o registro de que ao princípio da publicidade devem submeter-se todas as pessoas administrativas, que as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas outras que, mesmo sendo privadas, integram o quadro da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas)”.

É de suma importância ressaltar que o princípio da publicidade não pode ser usado como instrumento para propaganda pessoal daqueles que são agentes públicos. Conforme o artigo 37, § 1º da CF e interpretação de Carvalho Filho (2010, 28-31), “a

publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas nos órgãos públicos tem por objetivo somente educar, informar e orientar. É vedado às autoridades que se valham do sistema de divulgação de atos e fatos para promoção pessoal, muito embora seja comum referido desvio, numa demonstração de egocentrismo incompatível com o regime democrático. Vulnerar aquele mandamento representa, ao mesmo tempo, ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, como já têm decidido os nossos Tribunais, exigindo rigorosa necessidade de coibir semelhantes práticas”.

Por fim, o princípio da eficiência, também chamado de “qualidade do serviço prestado”, como consta no projeto da Emenda. Tal princípio que não constava da Constituição desde 1988, foi adicionado ao *caput* artigo 37 pela Emenda Constitucional n.º 19/98.

Com a inclusão deste princípio, pretendeu o Estado conferir direitos aos usuários dos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados. Com muita propriedade demonstra Carvalho Filho (2010, 31-34), a real motivação para inserção deste princípio:

Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços [...]

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

A falta de precisão do termo o colocou como alvo de críticas dos estudiosos. Como assevera o referido professor, “de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade”.

O mesmo descontentamento atingiu o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, 111) que acerca do assunto escreveu:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria a postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já supostamente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’.

3.1 Limitações à efetivação das Políticas Públicas: reserva do possível x escassez de recursos

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 87) definiu:

A Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intetio legis*. Portanto, exerce ‘função’, instituto – como visto – que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta a da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei.

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.

“Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população” (SEN, 2000).

É notório que para a implementação das políticas públicas é necessário que haja disponibilização de recursos públicos, porém, esse fato tem sido, muitas vezes, usado como pretexto para a não efetivação delas.

Para alguns autores, a reserva do possível configura limite imanente dos Direitos Fundamentais sociais; para outros, ela acaba por configurar um limite externo. Nessa linha, o entendimento de que reserva do possível se configura como um elemento externo pode propiciar uma maior eficácia aos Direitos Fundamentais sociais.

E isso porque a reserva do possível não é uma espécie normativa, uma vez que ela não determina um estado de coisas a ser atingido, tampouco é um mandado de otimização. Ainda que se possa ponderar a reserva do possível com outros elementos, esta possibilidade não se apresenta como um critério suficiente para a sua identificação como princípio. "Na verdade, o que se pondera não é a reserva do possível propriamente dita, mas a escassez de recursos que ela representaria". (BREUS, 2007).

No mesmo sentido, Marcos Maselli Gouvêa (2003, p. 20): o óbice representado pela reserva do possível justamente, em países como o Brasil, onde a maioria da população, carente, seria destinatária por excelência dos direitos prestacionais. É nos países pobres que a questão da alocação de recursos traduz-se, efetivamente, numa escolha dramática, em que deliberar a realização de uma determinada despesa, contemplando certo projeto, importa reduzir ou suprimir os recursos necessários para outra atividade.

Preocupado com a efetivação das políticas públicas em face da escassez dos recursos, o legislador tratou de inserir no texto constitucional medidas que pudessem assegurar sua concretização e que deixassem claro sua obrigação, como pode ser observado nos artigos 195, 204 e 112 da Carta Magna (BRASIL, 1988) e nos artigos 55 e 60 do ADCT (BRASIL, 1988).

Retira-se da leitura dos referidos artigos que o legislador teve tamanha preocupação quanto à disponibilidade dos recursos para concretização dos direitos fundamentais.

Segundo Thiago Lima Breus (2002, 238-239), "além dos limites formais relacionados à quantia destinada na previsão orçamentária para a realização dos dispêndios públicos, a Constituição determina limites materiais, correspondentes à necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades estipulados na Carta Constitucional."

Complementando o assunto, Ana Paula de Barcellos (2005, 90-91):

Neste tocante, uma vez que as políticas públicas envolvem gastos e, partindo-se do pressuposto de que há uma limitação nos recursos, forçoso priorizar quais serão as destinações do dinheiro público, destacando-se aqui a influência das imposições constitucionais quanto aos fins a serem pretendidos. Por conseguinte resta observar no tocante à escolha dos dispêndios públicos que não se presta a um tema reservado à deliberação política por um todo, mas sim uma forte influência dos mandamentos constitucionais.

Como bem reflete Thiago Lima (2002, p. 240), “verificando-se que há a destinação de recursos em prol de um determinado fim, invariavelmente vai ocorrer escassez a outras finalidades, pelo que alguns autores passam a falar em escolhas políticas, cujos escopos acabam sendo dissimulados sob argumentos que acabam tendo uma índole jurídica, como a reserva do possível.

Logo, existe a necessidade de diferenciar o que não é possível porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades”.

Frente a esse conflito em que a gama de direitos fundamentais precisam de recursos para serem efetivados, a definição para os bens jurídicos que serão, de forma prioritária, promovidos se mostra de extrema relevância.

4. ATO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO NO CONTROLE DE SEUS ATOS.

Não há definição legal do que vem a ser ato administrativo. Sendo assim, não é de estranhar que não haja uniformidade quanto ao seu conceito.

José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 109) buscando conceituar os atos administrativos registra que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativa desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Ressalta ainda que quanto à manifestação de vontade, deve assinalar-se que, para a prática do ato administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva difere da que o agente manifesta nos atos de sua vida privada em geral. Por outro lado, quando pratica ato administrativo, a vontade individual se subsume na vontade administrativa, ou seja, a exteriorização da vontade é considerada como proveniente do órgão administrativo, e não do agente visto como individualidade própria.

Sobre o mesmo tema, o professor Celso Antônio (2004, p. 352) registra que é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Essas noções sobre ato administrativo abrangem atos gerais e abstratos, como por exemplo, os regulamentos, as instruções...

Em sentido estrito, ato administrativo, ainda conforme entendimento de Bandeira de Mello (2004, p. 354) é declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Além de todo e qualquer ato ser dotado de presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade, são compostos por elementos (ou requisitos de validade) cuja ausência de algum deles provoca sua invalidação.

Em que pese a divergência doutrinária quanto aos elementos constitutivos do ato, a melhor doutrina destaca que são cinco: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

A competência é a delimitação legal para que o agente público atue de forma legítima. Caso o agente atue fora desses limites impostos pela lei, é passível de punição uma vez que agiu com excesso de poder. Conforme preceitua Carvalho Filho (2010, p. 116), este instituto funda-se na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os vários agentes do

Estado, e é por esse motivo que o instituto é estudado dentro dos três Poderes de Estado incumbidos, como se sabe, do exercício daquelas funções.

Este elemento é intransferível, irrenunciável, imprescritível e improrrogável. A primeira característica diz respeito à impossibilidade de se transferir a competência à outra pessoa, por interesse exclusivamente particular. A segunda explica o fato de ser impossível de o agente competente se escusar de praticá-la. A terceira característica faz com que a competência seja contínua, ou seja, não se perde pelo desuso. Já a quarta característica significa dizer que aquele que é competente continuará a sê-lo, exceto por previsão legal expressa em contrário.

Em alguns casos, pode a norma autorizar a transferência de um agente para outro, que ocorre por meio da delegação ou da avocação. Porém, em nenhum dos dois casos ocorre transferência de titularidade da competência.

O primeiro fenômeno corresponde, em regra, ao repasse de atribuições administrativas de responsabilidade de plano superior hierarquicamente para um hierarquicamente inferior (subalterno), que só não é admitida se houver impedimento legal. Tem os seguintes requisitos: a delegação é parcial, é feita por prazo determinado, é revogável a qualquer tempo, deverá ser publicada em meios oficiais e a responsabilidade quanto aos atos, recai sobre o delegado.

O segundo fenômeno representa o inverso da delegação. Neste caso, o agente hierarquicamente superior atrai para si a responsabilidade de seu subordinado.

Retomando aos elementos constitutivos do ato administrativo, o objeto, também denominado de conteúdo, “é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar” (CARVALHO FILHO, 2010). Nos atos administrativos vinculados, um motivo corresponde a um objeto. Neste saco, verificado o motivo, a prática do ato se torna obrigatória. Nos discricionários, a liberdade conferida pela lei se encontra na valoração do motivo e do objeto. Sendo assim, o ato só será praticado se a Administração considerá-lo conveniente e oportuno.

O terceiro elemento, forma, é a exteriorização da vontade. “Sem sua presença, o ato (diga-se qualquer ato que vise à produção de efeitos) sequer completa o ciclo de existência” (CARVALHO FILHO, 2010).

O motivo corresponde a situações fáticas (que correspondem ao grupo de acontecimentos que levam a Administração a praticar o ato) ou jurídicas (que

corresponde aos dispositivos legais em que o ato se baseia) que impulsionam a vontade da Administração para editar atos.

Motivo não pode ser confundido com motivação, uma vez que motivação é a declaração escrita do motivo – obrigatória nos atos vinculados. Assim sendo, a motivação faz parte da forma do ato.

Já a finalidade, que será igual para todo e qualquer ato administrativo, é conceituada como sendo o único e exclusivo objetivo a ser praticado: o interesse público. O ato que não respeitar esta finalidade, estará eivado de desvio de finalidade, caso em que será nulo.

O vício de finalidade, também chamado de desvio de poder, pode ocorrer nos seguintes casos: i) quando o agente busca uma finalidade contrária ao interesse público, atendendo a interesse privado, por exemplo; e ii) quando o agente pratica ato condizente com o interesse público, mas que não há previsão para aquela determinada finalidade na lei quanto ao ato praticado.

Ainda acerca dos atos administrativos, relevante se mostra a necessidade de conceituação do que é ato administrativo vinculado e discricionário.

José dos Santos Carvalho Filho (2010, 136-137), sobre o tema:

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado.

O contrário se passa quanto aos atos discricionários. Nestes se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta. Como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra que não pode ser a conclusão senão a de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários. Referida valoração de conveniência e oportunidade é que reflete o que modernamente se denomina de *reserva do possível*, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições. [...] o administrador pode fazer valoração de conduta tanto na discricionariedade quanto na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, institutos que, apesar de terem alguns pontos comuns, apresentam fisionomia particular. Para não haver repetições inúteis, consulte-se o que dissemos anteriormente sobre tais aspectos.

O controle de seus atos, pela própria Administração Pública, se dá no tocante ao mérito do ato praticado.

Como bem ensina Carvalho Filho (2010, p. 137), a valoração de conduta que configura o mérito administrativo pode alterar-se, bastando para tanto imaginar a mudança dos fatores de conveniência e oportunidade sopesados pelo agente da administração. Ocorre que o que foi oportuno e conveniente em uma época, pode não sê-lo em outra.

No mesmo sentido, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF):

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

5. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Breus (2007, p. 241), apud Gastaldi:

É polêmica na doutrina e jurisprudência a questão sobre a judicialidade das políticas. Há, pelo menos, três correntes que discorrem acerca do controle judicial em torno das políticas públicas: i) a dos que entendem que o Poder Judiciário possui competência para intervir em políticas públicas sempre que estiver em xeque a efetividade de Direitos Fundamentais, com maior fundamento na aplicabilidade imediata de tais direitos – artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal; ii) a dos que não admitem a referida intervenção, uma vez que as políticas públicas seriam assunto pertinente ao Poder Legislativo e Executivo, cujos agentes estariam legitimados pelo voto popular a realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua implementação, em respeito ao princípio da independência dos Poderes – artigo 2º da Constituição Federal; e iii) a dos que crêem ser possível a intervenção judicial para garantir a integridade e a intangibilidade do núcleo consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais a prestações e ao princípio da vedação ou proibição do retrocesso social, estando condicionada, contudo, a reserva do possível, isto é, a

capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação.

O fundamento para a origem da teoria da reserva do possível está relacionado à atuação do Poder Judiciário no exame das lides relativas à exigência pelos cidadãos de que o Estado efetue suas prestações positivas.

Desse modo, conclui-se que o surgimento desse controle se deu com a ineficácia do Estado no tocante às políticas públicas conforme disposto no texto constitucional, seja em razão da limitação decisória decorrentes dos mecanismos tradicionais de representação do Estado, seja pela rediscussão do papel de intervenção do Estado na sociedade, que se reduz em vista da realocação de recursos consoante as determinações de mercado, como bem entende Breus (2007, p. 241).

O Estado Constitucional, de forma a garantir aos cidadãos a efetivação de seus direitos, dá ao Judiciário, poder de controlar a execução das políticas públicas. Esse controle se dá por meio da anulação dos atos administrativos praticados ou por mera alteração de seu conteúdo.

Sobre o assunto, Canotilho (1999, p. 484), apud Marília Lourido dos Santos:

Entretanto, o controle judicial das atividades dos outros Poderes é exercido pelo Judiciário, principalmente, com base nos princípios e normas da Constituição, que são genéricos e muitas vezes utilizam conceitos juridicamente indeterminados. Portanto, podem ser “atualizados” por simples interpretação *construtivista* (criadora) do juiz, não havendo perigo real de “engessamento” da Administração Pública. Por isso, é importante que não existam normas constitucionais excessivamente específicas, pois não é a especificidade que garante a realização da finalidade legal, mas o tipo e a eficácia do controle da execução da lei seja esta genérica ou específica [...]

Em suma, a ampliação do poder de controle judicial das leis e, particularmente, da Administração não tolhe a democracia participativa, antes lhe favorece, assim como a democracia representativa. Pois, os partidos minoritários, que não estejam em coalizão com o Executivo, podem utilizar o processo judicial contra as instâncias do poder, isto é, contra os arbítrios do *governante de plantão*. Favorece, portanto, a conexão entre a democracia participativa e a representativa, o que é muito importante no Brasil, onde “as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares”.

Com relação à interferência de um Poder em outro, Canotilho (1999, p. 451) tece o entendimento de que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais reconduz à garantia do mínimo social que resulta do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Desse modo, a interferência de um Poder em outro deve ser a mínima possível (com o objetivo de alcançar a justiça) a fim de assegurar a autonomia dos poderes.

6. CONCLUSÃO

É notória a divergência entre o Poder Judiciário e o Estado quanto às políticas públicas. Enquanto o judiciário se baseia no direito de intervir assegurado pela Constituição Federal para exercer um controle sobre a efetivação das políticas públicas³, o Estado se sustenta na teoria da reserva do possível⁴ para fundamentar a impossibilidade de aplicá-las.

A função do poder judiciário é aplicar a lei ao caso concreto, enquanto que o poder executivo é responsável por administrar o Estado. Entretanto, é sabido que a atribuição de controlar os atos administrativos, principalmente os vinculados, pertence ao poder judiciário, não sendo de sua competência, porém, o mérito administrativo por se tratar de ato discricionário, no qual estão contidas as políticas públicas. Cabe ao administrador público a concretização dos direitos fundamentais, porém o argumento da separação dos poderes não exclui, por si só, a intervenção por parte do poder judiciário, nesse âmbito. Tal intervenção tem extrema relevância para a sociedade e deve ser analisada segundo o caso concreto para que se evitem ocorrências de modo abusivo ou, não ocorrendo, direitos da sociedade sejam tolhidos.

Frente a esse impasse, a idéia de garantir o mínimo essencial se torna preponderante e de suma relevância social. Qual a sentido de se ter direitos implícitos e

³ Art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁴ A teoria da reserva do possível regula a extensão e a possibilidade da atuação estatal com relação à efetivação de direitos, como os direitos sociais, de modo a condicionar a prestação de serviços do Estado à existência de recursos públicos para isso.

principalmente explícitos na Carta Magna se não são cumpridos? O Estado deve atuar para garantir a efetivação deles.

Ainda que a lacuna permitida pela discricionariedade dos atos da administração incomode, não há como existir uma legislação exaustiva sobre a conduta da administração, visto que é impossível prever todas as situações que poderão vir a acontecer. Não é necessária uma intervenção ao ponto de mitigar a autonomia dos Poderes, mas uma intervenção efetiva que garanta aos cidadãos aquilo que está disposto na Constituição Federal e que é dever do Estado. Dessa maneira, o controle dos seus atos por parte do Poder Judiciário, se mostra de extrema importância.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Marcos Rezende. **Limitação da discricionariedade na implementação de políticas públicas**. 2009. 79 f. Monografia de Curso de Pós-Graduação. Curso: Ordem jurídica e Ministério Público. FESMPDFT, Brasília, 2009.

ARISTÓTELES. **A Política**. I, 8.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, 2005

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios do Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores, São Paulo, 2002

BREUS, Thiago Lima; FACHIN, Luiz Edson; COSTALDELLO, Angela Cassia. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática de concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

C.H.TITUS. **A Nomenclature in Political Science**. 25 American Political Science Review, 1931.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas.** Disponível em:

http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rl/Pdf/pdf_138/rl138-04.pdf>. Acesso em: 25 set 2008.

COSTADELLO, Ângela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998

COULANGES, Fustel. **Origem do Estado.** Disponível em: <http://www.ucg.br/site_docente/jur/LeoBusa/pdf/aristoteles.PDF>, Acesso em: 05 out 2011.

DAL BOSCO, Maria Goreti. **Discrecionalidade em políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Discrecionalidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.** Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos.** 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001

FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

GALDINO. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

GETTEL, Raymond G.. **História de las Ideas Políticas**. 2 ed. México: Nacional, 1979.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

HALL, Peter A. **La lógica institucional de La economia política comparada**. Madri: Hacienda Pública Española, 1993

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios Urruti. México, D. F: Compañia Editorial Continental.

LIMA, Manolita Correia. **A Engenharia da Produção Acadêmica**. São Paulo: Unidas, 1997.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. **Las políticas públicas**. Tradução de Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O Espírito das Leis**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 02 out 2011

OPPENHEIMER, Franz. **Origem do Estado**. Disponível em <<http://www.loveira.adv.br/material/tge2.htm>>. Acesso em: 05 out 2011.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (organizadores). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**, Liv. III. Disponível em: <www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf> Acesso em: 02 out 2011.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas Públicas (econômicas) e controle**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3179>>. Acesso em: 2 nov. 2011

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000)

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002