

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

VANESSA DOS SANTOS AGUIAR RIBEIRO

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

MARÍLIA
2010

VANESSA DOS SANTOS AGUIAR RIBEIRO

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Trabalho de curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2010

Ribeiro, Vanessa dos Santos Aguiar
Controle Judicial de Políticas Públicas / Vanessa dos Santos
Aguiar Ribeiro; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP:
[s.n.], 2010.
74 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Políticas Públicas 2. Discricionariedade 3. Controle Judicial
4. Interesse Público

CDD: 341.3517



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Vanessa dos Santos Aguiar Ribeiro

RA: 38208-6


CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

10,0 (Dz)

ORIENTADOR(A):


Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A):


Lafayette Pozzoli

2º EXAMINADOR(A):


Fabiana David Carles

Marília, 30 de outubro de 2010.

*À Deus, por caminhar sempre ao meu lado,
velando todos os meus passos;*

*À minha família, por todo amor e
compreensão.*

AGRADECIMENTOS

A todos os amigos que durante esses cinco anos de curso me apoiaram e incentivaram a buscar sempre mais.

Aos meus pais, ao meu esposo e em especial a minha filha Julia, por compreender toda a minha ausência durante essa jornada.

Ao prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, pelo auxílio e orientação, fundamentais para conclusão desse trabalho.

“Buscai primeiro o Reino de Deus, e toda a Sua justiça, e tudo mais vos será acrescentado”.

Mt. 6:33

RIBEIRO, Vanessa dos Santos Aguiar. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 2010. 74 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

A presente monografia possui como objeto de estudo o “Controle Judicial de Políticas Públicas”. Analisa-se o papel do Poder Judiciário em nosso Estado Democrático de Direito. Apresenta o conceito de políticas públicas e demonstra sua importância em nossa sociedade. Define-se a discricionariedade administrativa e aponta os seus limites na elaboração de políticas públicas. Verifica-se até que ponto pode o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas, analisando especialmente os processos de formulação e execução dessas políticas. Relaciona posicionamentos contrários e favoráveis ao exercício do controle judicial. Aponta o posicionamento dos Tribunais de nosso país. Conclui que é possível esse controle, mas sempre se estabelecendo limites para tal. Conclui que é fundamental a participação da sociedade nesse processo.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Discricionariedade. Controle Judicial. Interesse Público.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR.: Agravo Regimental.

CF: Constituição Federal

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

DF: Distrito Federal

Min.: Ministro

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator (a)

RTJ: Revista Trimestral de Jurisprudência

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 – A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 Princípio da Separação dos Poderes	12
1.2 O Princípio da Separação dos Poderes no Brasil	15
1.3 A função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	18
1.3.1 Aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos	18
1.3.2 Realizar seu autogoverno	19
1.3.3 Garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito	20
1.3.4 Controlar os demais Poderes	22
1.3.5 Proteger os Direitos Fundamentais	24
CAPÍTULO 2 – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	26
2.1 Breve histórico	26
2.2 Conceito de Discricionariedade	27
2.3 Controle da Discricionariedade	30
2.3.1 Controle Administrativo	31
2.3.2 Controle Legislativo	33
2.3.3 Controle Jurisdicional	34
CAPÍTULO 3 – POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	38
3.1 Origem das Políticas Públicas	38
3.2 Conceito de Política Públicas	41
3.3 Políticas públicas no mundo jurídico	44
3.4 Princípios norteadores das políticas públicas	48
3.5 Ciclo das políticas públicas e participação da sociedade	49
CAPÍTULO 4 – CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	53
4.1 Controle judicial da formulação das políticas públicas	54
4.1.1 O papel da democracia participativa	57
4.2 Controle judicial da execução de políticas públicas	58
4.2.1 Princípio da reserva do possível	61
4.2.2 Debates acerca do controle judicial de políticas públicas	63
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a sociedade brasileira, principalmente as camadas mais desfavorecidas, sofreu com a carência de direitos sociais. A necessidade maior surgiu pós Revolução Industrial, com o aumento da população urbana, crescimento da classe proletariada e os problemas gerados por esses fatores como a precariedade da saúde pública, educação, moradia, entre outros.

Os direitos sociais despontaram na Constituição de 1934, mas com a Constituição de 1988 é que se conseguiu um grande avanço, pois esta trouxe em seu artigo 6º um rol de direitos sociais. Esses direitos, no entanto, são ditos programáveis, necessitando de promoção de políticas públicas pelo Estado para sua implementação.

As políticas públicas são adstritas à discricionariedade do administrador. A discricionariedade é fundamental para o exercício da atividade administrativa, que tem ou deveria ter sempre como finalidade o interesse da sociedade. A discricionariedade é fundamental na medida em que é impossível a lei prever todos os pressupostos para a atuação do administrador.

A discricionariedade administrativa se vincula aos princípios constitucionais e aos preceitos que regem a democracia, só permitindo sua atuação conforme o direito. No campo privado, ao cidadão é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe. Na administração pública é diferente. A atuação do Estado exige sempre expressa autorização legal.

Mas o que ocorre é que essa margem de atuação acaba sendo usada como um jogo político de autopromoção. Para evitar esse tipo de jogo, entra em cena o Poder Judiciário, como o fim de controlar a realização das políticas públicas, visando resguardar os preceitos constitucionais e auxiliando na busca do interesse público.

O exercício deste controle pelo Poder Judiciário é amparado pela Lei Maior. A Constituição atribuí a esse Poder a função de fiscalizar e controlar a atividade dos outros Poderes. Exercendo essa atribuição, o Judiciário verifica os limites do poder discricionário da autoridade administrativa, indo além de um exame de legalidade, apurando não só se há arbitrariedade no exercício de suas funções como também analisando a finalidade do ato e seu conteúdo. A atividade de controle e fiscalização não é exclusiva do Judiciário, porém a Constituição fornece a este, instrumentos de controle mais “invasivos” do que aos outros Poderes da República.

A presente pesquisa se justifica em razão da grande controvérsia que o tema tem gerado na atualidade. O controle judicial de políticas públicas é recente em nosso país, tendo aumentado significativamente nos últimos anos, por isso tem gerado muitas críticas em certos setores da sociedade.

O que se pretende com esse trabalho é mostrar os dois lados dessa querela: O Poder Executivo e o Poder Judiciário. A posição de ambos deve ser observada. Muitas vezes a promoção de políticas públicas pelo Executivo se esbarra no orçamento, o que o faz ter que estabelecer prioridades. Por outro lado, o Poder Judiciário age numa linha tênue entre sua função constitucional e invasão da esfera dos outros Poderes. Os dois lados devem ser observados e ponderados.

Sendo assim, é preciso refletir sobre os limites da atividade administrativa e da intervenção do Poder Judiciário, estabelecendo a função de cada um deles em um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Colocam-se, assim, as seguintes questões:

- a) Qual a função do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito?
- b) O que são políticas públicas e qual sua importância em nossa sociedade?
- c) Até que ponto o administrador tem discricionariedade de agir na escolha e realização de políticas públicas?
- d) O controle judicial de políticas públicas interfere na discricionariedade da Administração?
- e) Há limites na intervenção do Poder Judiciário naquilo que tradicionalmente é considerado atribuição dos outros Poderes?

O trabalho que será realizado decorre, em grande parte, de pesquisa bibliográfica, com pesquisas em livros de especialistas no assunto. Lembrando que o tema é marcado pela multidisciplinaridade, envolvendo conceitos de ciências humanas e sociais, principalmente de Direito Administrativo e Constitucional. A internet também será grande aliada, pois possibilitará a pesquisa de artigos científicos e também uma pesquisa jurisprudencial, que mostrará a posição dos Tribunais sobre o tema abordado.

A pesquisa será realizada empregando o método hipotético-dedutivo, construindo hipóteses submetidas à crítica intersubjetiva, sempre confrontando as idéias. A abordagem do tema será qualitativa, buscando descrever significados construídos socialmente e fazendo interações com as discussões da pesquisa.

Ressalta-se que não é pretensão deste trabalho esgotar todas as teses e desvendar todas as minúcias acerca do tema. O objetivo é apenas estabelecer aspectos imprescindíveis para entender o tema e fazer uma análise crítica da atuação dos Poderes da República.

Envolvido no ambiente até aqui retratado, o presente estudo está dividido em quatro capítulos assim descritos:

No primeiro capítulo discutir-se-á a função do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, far-se-á uma breve análise sobre a origem da Teoria da Separação dos Poderes e os seus reflexos na sociedade contemporânea. Pretende-se, também, estudar a função de cada um desses Poderes, principalmente do Poder Judiciário, que é o principal ator no cenário do controle judicial.

No segundo capítulo, apresentar-se-á o conceito de discricionariedade, mostrando seus delineamentos na sociedade atual, bem como os princípios que regem a atividade administrativa. Após isso, aspira-se identificar todas as formas de controle da discricionariedade administrativa, com especial ênfase ao controle jurisdicional.

O terceiro capítulo dará início à discussão sobre políticas públicas. Após a apresentação de sua história e de seu conceito sob diversas óticas, definir-se-á todos os processos que envolvem as políticas públicas, desde o planejamento até a avaliação. Serão também mostrados exemplos de políticas públicas em nossa legislação, para melhor compreensão do tema, além de se ressaltar a importância da participação da sociedade.

No quarto capítulo abordar-se-á a principal discussão dessa pesquisa: o controle judicial de políticas públicas. Pretende-se elucidar como esse controle é realizado, discutindo questões como a “reserva do possível” e a participação da sociedade. Intenta-se proceder uma análise sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na atividade de controle. Aspira-se também identificar posições do STF que reflitam sobre a questão e mostrem a posição da Corte sobre o tema e apontar a opinião de diversos estudiosos do assunto.

CAPÍTULO 1- A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Princípio da Separação dos Poderes

Desde a Antiguidade havia uma grande preocupação com a concentração de poderes na mão de um só indivíduo. Porém, a segregação da civilização na época, com a existência de pequenos grupos que lutavam entre si, não permitia uma estrutura de fragmentação do exercício do poder.

Mesmo nesse contexto, Aristóteles concebeu a base acerca da separação das funções do Estado, em sua obra *Política*, onde dividiu o governo em três partes: a que deliberava acerca dos negócios públicos, a que exercia a magistratura e a que administrava a Justiça:

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem uma das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário. (2008, p.170)

Maquiavel, no século XVI, também esboçou a formação da idéia. No clássico *O Príncipe* (2008), mostrou a França com três poderes distintos: Legislativo, representado pelo Parlamento; Executivo, se constituindo na figura do Rei; e o Judiciário.

Mais tarde, por volta do século XVII, Locke identificava quatro funções e dois órgãos do poder, com a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei, acumulando este uma função federativa (questões de guerra, paz, alianças), e, como descrito por Locke, "o poder de fazer o bem público sem subordinar a regras".

A Teoria da Separação dos Poderes foi exposta de forma sistematizada pela primeira vez pelo filósofo iluminista Montesquieu, no seu livro *O Espírito das Leis*, onde foi apresentada a figura dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nas palavras de Montesquieu (2008, p. 167):

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga querelas entre os particulares.

Montesquieu também dissertou sobre a importância dos três poderes não estarem concentrados nas mãos de uma só pessoa (2008, p. 168):

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade política que provém da opinião de que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Refletindo assim sobre possíveis abusos do poder real, Montesquieu afirmou que “*só o poder freia o poder*”, resultando no chamado Sistema de Freios e Contrapesos. Este sistema garante a separação dos poderes, pois, como nos ensina Lages (2008), possibilita que cada poder, “no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.”

Dallari (2002, p. 219-220) explica que o sistema admitia que o Estado praticasse dois tipos de atos, os gerais e os especiais:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são atos especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo o momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem beneficiar nem prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos

atos gerais praticados pelo poder legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

A separação de poderes, neste contexto, pressupõe uma limitação mútua de poder, com a não intervenção de uma esfera sobre a outra. Essa idéia transformou paulatinamente governos absolutistas em Estados Democráticos.

Já no século XX, o importante jurista Hans Kelsen, tratou a Teoria da Separação dos Poderes de forma diferenciada. Para ele a base da tripartição consiste numa bipartição de funções: legislar e executar. Legislar para ele é criar normas gerais, e executar é aplicar essas normas. Nesse sentido, a função típica do Poder Legislativo é criar leis, função esta que poder ser exercida atipicamente pelos outros dois poderes. Os Poderes Executivo e Judiciário possuem a função típica de aplicar leis (função executiva), que pode ser administrativa e judicial:

Como vimos, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra ou supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre a criação e a aplicação do Direito – subjacente ao dualismo do poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) – tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores do Direito. É impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções. É dificilmente impossível e, de qualquer modo, indesejável, até mesmo que se reserve a legislação – que é apenas um tipo de criação do Direito – “a um corpo separado de funcionários públicos” e se excluam todos os outros órgãos dessa função. (2000, p. 386)

Kelsen ainda critica a divisão dos poderes, justificando que a tripartição ofende a Democracia:

O princípio da separação dos poderes, compreendido literalmente ou interpretado como o princípio da divisão dos poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, corresponde à idéia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado na mão do povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. Caso esse órgão tenha apenas funções legislativas, os outros órgãos que têm de executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser responsáveis para com ele, mesmo que também tenham sido eleitos pelo povo. É o órgão legislativo que tem o maior interesse numa execução rigorosa das normas por ele emitidas. (2000, p. 403)

Bonavides também discutiu a questão. Citando as palavras de Duguit, ele vê no princípio “uma fonte de distúrbios, revoluções e golpes de Estado”, referindo-se às crises do sistema presidencialista das repúblicas latino-americanas. Bonavides (2004, p. 76) ainda completa, voltando-se para o princípio clássico de Montesquieu no contexto pátrio:

Sua simples presença no corpo das constituições presidencialistas não fez o homem mais livre. Como nunca se praticou a contento e os setenta anos aproximadamente da existência republicana estão hoje a repudiá-lo, o que dele recebemos não foi jamais a lição de liberdade, que ele nunca nos pôde ministrar, senão a preponderância ditatorial dos governos que tiveram sempre a assiduidade de contraditá-lo, humilhando e enfraquecendo o poder legislativo, afogando-o em crises periódicas, de que os últimos acontecimentos de nossa vida constitucional dão aliás triste cópia. Queremos repudiá-lo, sim, no espírito de sua aplicação pelo liberalismo. Formalmente quase todas as Constituições do País, desde o Império à República, o consagram nas bases de uma colaboração, que, foi apenas de texto, meramente nominal, e sempre desmentida, já pela monarquia (o intervencionismo do poder Moderador), já pela República. Urge, pois, repudiá-lo como dogma, quando o presidencialismo, acobertado pela Constituição, dele se serve para cultivar, de fato, a hipertrofia do executivo.

Bonavides reconhece toda a importância do clássico princípio, afirmando que “o constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão”, pois ajudou na construção da liberdade contemporânea, servindo de inspiração a todos os textos de lei fundamental. Mas o autor acredita a técnica concebida de tripartição se opõe, de certo modo, com a concretização dos direitos sociais (2004, p. 53).

A sociedade hoje é totalmente diversa da sociedade do fim do século XVIII e início do século XIX, apogeu do princípio ora exposto. A efetivação dos direitos sociais é cada vez mais necessária, e se a técnica atual de separação de poderes não é eficaz nessa tarefa, deve-se buscar alternativas, almejando-se sempre o atendimento às necessidades da população.

1.2 O Princípio da Separação dos Poderes no Brasil

A separação dos poderes entrou pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico na Constituição de 1824, adotando um modelo quadripartido, concebido pela teoria de Monarquia Constitucional de Constant, com os Poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. Aos poucos, o Poder moderador foi extinto e adotou-se o modelo idealizado por Montesquieu. A Constituição Federal de 1988 reafirmou o princípio, inserindo-o ao rol das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, III da Constituição Federal). Sua previsão se encontra no artigo

2º, que preceitua: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A leitura do preceito constitucional sugere o mesmo rigor do modelo idealizado por Montesquieu. Entretanto, a aplicação do princípio ocorre de maneira abrandada. Hoje, em grande parte dos Estados modernos, não se fala mais em uma separação absoluta dos Poderes.

Lenza discute a impropriedade da expressão “tripartição dos Poderes”, afirmando que “o poder é uno, e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções” (2009, p.339). , Sendo assim, o autor divide as funções de cada órgão como típicas, inerentes, e funções atípicas, ou seja, que são da natureza típica dos outros órgãos.

Para Lenza, o órgão Legislativo possui como função típica o legislar e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Como função atípica, o autor dá o exemplo do ato de dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores, etc. (natureza executiva) e a incumbência do Senado de julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (natureza jurisdicional).

O órgão Executivo, exercendo sua função típica, pratica os atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração, e na função atípica, por exemplo, adota medida provisória com força de lei (natureza legislativa) e julga, apreciando defesas e recursos administrativos (natureza jurisdicional).

O órgão Judiciário age dentro de suas funções quando julga, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos quando lhe são levados, quando da aplicação da lei. Em função atípica elabora o regimento interno de seus tribunais (natureza legislativa) e administra, v.g., ao conceder licenças de férias aos magistrados e serventuários (função executiva).

Silva (2005, p. 111 e 112) não separa as funções do Estado como típicas e atípicas. Ele entende as funções atípicas como exceções ao princípio decorrentes de normas previstas no texto constitucional:

As constituições anteriores estabeleciam o princípio da divisão dos poderes, especificando que era vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições, e quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro, salvo as exceções nelas previstas. Essas especificações realmente são desnecessárias, até porque a Constituição, agora como antes, estabelece incompatibilidades relativamente ao exercício de funções dos poderes (art. 54), e porque os limites e exceções ao princípio decorrem de normas que comporta pesquisar no texto constitucional.

Exceção ao princípio é, por exemplo, a permissão de que Deputados e Senadores exerçam funções de Ministro de Estado, que é agente auxiliar do Presidente da República, Chefe do Executivo, bem como de secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária (art. 56); também é a regra do art. 50 que autoriza a convocação de Ministros de Estado perante o plenário das Casas do Congresso ou de suas comissões, bem como o seu comparecimento espontâneo para expor assunto relevante do seu Ministério. As exceções mais marcantes, contudo, se acham na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de *medidas provisórias*, com força de lei (art.62), e na autorização de *delegação de atribuições legislativas* ao Presidente da República (art. 68).

Em seus estudos, Guedes (2007) sugere a independência e harmonia sugerida na leitura do preceito constitucional não corresponde ao que de fato se observa em nosso país. Ela afirma que “há uma evidente preponderância do Poder Executivo sobre os outros poderes, exercendo este poder nos outros uma ingerência que aqui se entende como indevida.” Sustenta que se concede ao Poder Executivo poderes que desvirtuam-se do propósito da teoria de Montesquieu, pelo fato desse Poder ter a investidura de legislar “excepcionalmente”, e indicar toda a composição da mais alta corte do Judiciário brasileiro. A autora defende que, a forma como estão dispostos os poderes em nosso país acaba por favorecer clima propício ao florescimento da corrupção, pois “todo homem que tem o poder é levado a dele abusar.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 198)

Neste sentido, o Sistema de Freios e Contrapesos não seria corretamente adotado aqui, pois o Poder Executivo não é freado, ao contrário, possui cada vez mais “poderes”.

A solução para todo esse totalitarismo estatal seria, na opinião de Bonavides (2004, p. 75), a supremacia do legislativo como “ordem qualitativamente superior de organização Política do Estado”, sendo este o sistema que mais se aproxima da “moderna proteção constitucional da liberdade, proteção que deixa de ser preponderantemente jurídica (democracia presidencialista) para se tornar política, dissolvendo, contudo, a antinomia Estado- indivíduo.”

A problemática vai muito além mudança na supremacia dos órgãos estatais. Ela está presente também nas pessoas que compõe esses órgãos, pois em nossa sociedade a corrupção é flagrante em todas as esferas do Poder. Sendo assim, antes de refletir sobre mudanças políticas é preciso refletir sobre maneiras efetivas de resolver essa questão.

1.3 A função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito

A figura do Poder Judiciário está presente na concepção de poder desde o nascimento da figura do Estado, embora não fosse da forma como é concebido hoje. Antes, todos os poderes/funções do Estado eram reunidos na figura do monarca. Atualmente, como já mencionado, cada função é exercida por um órgão independente dos outros.

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário sofreu um processo de expansão de suas funções, passando do “aplicar o direito ao caso concreto” para atividades como o controle dos outros poderes e concretização dos direitos fundamentais.

Zaffaroni (1995, p.55) apud Fachin (2008, p.07) identifica três funções do Poder Judiciário: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno. Para Gomes (1997, p.15-118) apud Fachin (2208, p.08) são cinco as funções do Poder Judiciário: “a) aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) controlar os demais poderes; c) realizar seu autogoverno; d) concretizar os direitos fundamentais; e) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.”

Tais funções representam a concepção do Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito.

1.3.1 Aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos

A função precípua do Poder Judiciário, desde a figura dos pretores, na Roma Antiga sempre foi a de “dizer o direito”, resolvendo as lides entre os particulares.

Montesquieu (1996, p.175) já afirmava que “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. Tal concepção influenciou o pensamento moderno, visto que o magistrado hoje usa uma lei já formulada para dirimir as querelas, enquadrando o fato ao ordenamento jurídico.

Em seus trabalhos, Kelsen (2000, p.391) também definiu a função do Poder Judiciário:

A função judiciária consiste, essencialmente, em dois atos. Em cada caso concreto, 1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e 2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada.

Appio (2005, p. 64), numa definição mais contemporânea, afirma que em sua primeira atividade, o Poder Judiciário atua como “um representante estatal, dotado de prerrogativas funcionais e limitações estatutárias que visam assegurar sua isenção frente ao caso concreto, incumbindo-lhe resolver conflitos individuais que não afetam as políticas governamentais.”

Resolver os conflitos individuais continua sendo a principal atribuição judicial. Para o exercício eficaz dessa função existem garantias para a imparcialidade e isenção do magistrado, previstas em nosso ordenamento jurídico:

Ao atuar na solução de conflitos individuais entre os cidadãos, o Poder Judiciário necessita apenas das garantias de imparcialidade e isenção, uma vez que se protege o juiz e não o Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/79) prevêm mecanismos jurídicos que possuem a função de garantir a estranheidade do juiz frente ao litígio concreto, ou pelo menos convencer as partes de que vale a pena submeter a um juiz sua pretensão, pois ele a examinará na condição de terceiro imparcial. (APPIO, 2005, p. 64 e 65)

Mesmo no exercício de sua primeira função, percebe-se que houve uma mudança significativa, pois atualmente é possível se acreditar na imparcialidade do órgão julgador, o que era difícil há alguns séculos. Existem outras garantias importantes como a vitaliciedade, inamovibilidade, sendo inclusive essenciais para o exercício de suas outras missões.

1.3.2 Realizar seu autogoverno

O Poder Judiciário possui a função de realizar seu autogoverno, o que não é apenas uma função, mas uma garantia institucional, importante para assegurar a independência do Judiciário, sem qualquer forma de intervenção dos outros Poderes.

O autogoverno do Poder Judiciário, segundo Silva (2005, p.588), respalda-se na *garantia de autonomia orgânico-administrativa* e a *garantia de autonomia financeira*. O autor define as duas garantias:

A *garantia de autonomia orgânico-administrativa* consubstancia-se na competência privativa: (1) aos tribunais em geral, para: eleger seus órgãos diretivos; elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos; organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos

juízos que lhe forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; prover, na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; propor a criação de novas varas judiciárias (propor a quem? Ao legislativo competente); prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, em havendo: (a) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (b) autorização específica em lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, parágrafo único); conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; (2) ao STF, aos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE, STM) e aos Tribunais de Justiça, para propor: a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciária; (3) aos Tribunais de Justiça, para julgar os juízes estaduais, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A *garantia de autonomia financeira* no poder que se reconheceu ao judiciário de elaboração do próprio orçamento, de acordo com o qual: (1) cabe aos tribunais elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (arts. 99, § 1º, e 165, II); (2) compete o encaminhamento da proposta orçamentária, ouvidos os outros tribunais interessados: (a) no âmbito da União, aos Presidentes do STF e dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), coma aprovação dos respectivos tribunais; (b) no âmbito dos Estados e no Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais. (2005, p.588 e 589)

A autonomia do Poder Judiciário é fundamental, pois garante o exercício de suas demais funções (como a de controle dos outros poderes, por exemplo) de forma plena, estando livre de eventuais pressões que poderia sofrer dos demais Poderes se não tivesse essa autonomia financeira e orgânico-administrativa.

1.3.3 Garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito

A nossa Constituição Federal preceitua em seu artigo 1º que: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*” A constituição desse Estado Democrático de Direito demonstra a finalidade, descrita no próprio preâmbulo da Carta Magna, de se assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Silva (2005, p. 121) nos ensina que este “é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social.” Ainda, segundo o mesmo autor (2005, p. 119):

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Para Silva (2005, p. 121) o princípio da legalidade é também um princípio básico do Estado Democrático de Direito, pois influi na busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Para ele, a lei é um “ato de decisão política por excelência”, sendo “por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”. Silva (2005, p. 121) ainda completa:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.

O Estado Democrático de Direito tem como tarefa, na concepção de Silva (2005, p. 122), “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. Por isso, esse Estado deve ser garantido.

O Poder Judiciário, como legítimo protetor da Constituição e dos direitos fundamentais, deve operar, juntamente com os outros órgãos, na garantia do Estado Constitucional Democrático de Direito e de seus fundamentos previstos em nossa Constituição Federal: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

1.3.4 Controlar os demais poderes

Para que haja harmonia entre os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, se faz necessária uma colaboração recíproca entre eles, o que pressupõe também um controle mútuo. O Poder Judiciário possui mecanismos mais eficazes para a realização dessa tarefa, visto que a própria Constituição de 1988 atribuiu a este a legitimidade para controlar os demais poderes, como nos lembra Appio (2005, p. 61 e 62):

Atuando na fiscalização e controle externo das atividades de governo, o Ministério Público e os órgãos do Poder Judiciário assumem um encargo demarcado pela Constituição Federal, fixando um ponto de equilíbrio em relação aos órgãos que desempenham as demais funções, seja no âmbito penal, seja no civil, podendo, inclusive, adotar medidas concretas, tais como a alteração da lei orçamentária anual.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário, como nos ensina Fachin (2008, p.08 e 09), anular atos administrativos ilegais; invalidar atos praticados com abuso de poder; declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Essa atividade, no entanto, deve sempre ser provocada por um interessado, sendo este um particular ou o Ministério Público, visto estar a atuação do Poder Judiciário pautada no Princípio de Demanda.

Gomes (1997, p.58) apud Fachin (2008, p. 09) afirma “que todos os atos lesivos (por ação ou por omissão) praticados pelos demais poderes estão sujeitos ao controle jurisdicional. Nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune a este controle”.

Appio (2005, p. 62) lembra que os órgãos da Função Controladora não governam, “apenas controlam de forma independente os atos e omissões de demais órgãos de Função

Constitucional Governativa, no tocante à sua compatibilidade com a Constituição, bem como os direitos fundamentais do cidadão”.

Dentro dessa função, encontra-se a possibilidade do Poder Judiciário realizar o controle das políticas públicas. Para Appio (2005, p. 65 e 66), este controle demanda uma “plena independência político-administrativa do Poder Judiciário, razão pela qual o constituinte de 1988 previu, ao longo do art. 96, as garantias necessárias, na forma de instrumentos jurídicos que lhe assegurem plena autonomia.” Tais garantias são as “institucionais”, supramencionadas neste trabalho. Appio ainda acrescenta:

As garantias de plena autonomia do Poder Judiciário são, neste sentido, outorgadas pela Constituição Federal em homenagem a este tipo de controle político, uma vez a ingerência dos demais Poderes – no âmbito administrativo ou financeiro – poderia restringir os limites da atividade judicial de controle. (2005, p. 68)

Appio (2005, p. 72) disserta mais sobre o controle das políticas públicas:

A função primacial do Poder Judiciário consiste no controle da atividade dos demais Poderes que se encontram vinculados às políticas públicas já previstas na Constituição ou na lei, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto no momento apropriado para a sua implementação, não possuindo representatividade para escolher, de forma livre, quais as políticas que deverão ser implementadas pelos governos eleitos.

Ao realizar o controle das políticas públicas, o Poder Judiciário atua no sentido de resguardar e garantir a efetividade dos direitos previstos em lei. Bucci (2006, p. 31) alude que “a proposição constitucional centra-se na proteção a *direito*. O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos.”

Ao assumir esta função, Appio (2005, p. 66 e 67) cita que o Poder Judiciário aceita “as consequências políticas deste embate, na medida em que sua atuação importará limitação da liberdade dos demais Poderes, sendo certo que somente no Estado constitucional e democrático é possível tal sorte de controle.” O autor (2005, p.74) ainda perfaz:

Ao aceitarem um debate estritamente no nível político, os juízes passam a sofrer críticas diretas fundadas na ausência de legitimidade de suas decisões, tomadas no interior de um sistema político representativo, especialmente nos casos em que suas opções se revelam incorretas, quando então tem de assumir o ônus político de seus desacertos.

Apesar de todas as controvérsias e discussões acerca do limite do controle judicial sobre os demais poderes, é certo que sua existência é vital. O controle exercido pelo Poder Judiciário é fundamental para haja a proteção dos direitos fundamentais e a garantia do Estado Constitucional Democrático de Direito, sendo estas também funções do Poder Judiciário.

1.3.5 Proteger os Direitos Fundamentais

A função de proteger os direitos fundamentais está intimamente ligada ao controle judicial das políticas públicas. As necessidades de nossa sociedade e a existência de um extenso rol de direitos fundamentais assegurados no texto constitucional exigem uma atuação maior dos Poderes Executivo e Legislativo, e quando estes não atendem essas demandas de maneira satisfatória, entra em cena o Poder Judiciário.

De acordo com Carneiro (2000, p. 25), “o Poder Judiciário ocupa lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. São os direitos sociais objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento”. Compete, portanto, ao Poder Judiciário assegurar a realização desses direitos.

Salienta Cunha (2005, p. 39) que os poderes Executivo e Legislativo são sempre solicitados a atuar conforme os direitos fundamentais. Contudo, é o Poder Judiciário o “último guardião de tais direitos, e a esperança de proteção em relação a eles”, e para isso é necessária a tutela jurisdicional.

Em relação à atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, Krell (2002, p. 88-91) ensina que, no Estado Social moderno, o princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, precisa ser submetido a uma nova leitura, no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos, para continuar a servir ao seu escopo original de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e também a omissão estatal. O citado autor (2002, p. 93) afirma que:

A Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte do Terceiro Poder dentro de um Estado Social, onde os parlamentos e governos de todos os níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza (artigos 1º, III, e 3º, III, CF).

Não é função do Poder Judiciário planejar políticas públicas, nem cabe a este intervir em esfera reservada ao Legislativo ou Executivo. No entanto, quando os órgãos estatais se

omitem na realização de direitos já garantidos, ou quando o fazem de maneira ineficaz, deve o Poder Judiciário atuar na tutela de todos os direitos fundamentais do cidadão.

Para melhor compreensão da atividade judiciária de controle dos Poderes e proteção de direitos, é fundamental a compreensão do conceito de discricionariedade administrativa, quais são seus limites e até que ponto pode o Poder Público agir ou deixar de agir na promoção de direitos.

CAPÍTULO 2- DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Breve histórico

A noção de discricionariedade começa a surgir por volta do século XVII, no contexto do Estado de Polícia, denominação dada aos Estados absolutistas onde prevalecia o poder do monarca. A atuação discricionária era ampla, quase sem freios, por muitos chamada de arbitrária, e possuía ínfimas limitações, como por exemplo a “teoria do fisco”.

Essas limitações ao poder estatal, como nos lembra Cademartori (2008, p. 40), ainda eram poucas em termos de proteção aos direitos dos súditos. Nessa época, nas palavras do autor, “o Estado ainda era o rei, pessoa subjetiva, representante de Deus e que agia tanto através de normas gerais (leis) como por atos singulares (atos administrativos) ou por sentenças, se necessário, incongruentes com a própria lei (jurisdição).”

Paulatinamente o Poder Público foi se submetendo à lei. Tal transformação decorreu do surgimento do Estado de Direito, também chamado Estado Liberal, após as revoluções burguesas do século XVII e XIII (Revolução Inglesa de 1689, Revolução Americana de 1776 e Revolução Francesa de 1789).

O Estado de Direito era estruturado nos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes. Ommati (2004, p. 39) define bem esse modelo:

No Estado Liberal, cultuavam-se as leis acima de tudo. Era o Estado da legalidade formal, em que a lei figurava com máxima representação de tudo o que era certo e consoante ao Direito, caminhando sempre à frente e como guia de todas as decisões e práticas jurídicas, reinando absoluta qual um dogma.

No Estado liberal, a discricionariedade do Poder Público era submetida ao império da lei. Ommati (2004, p. 40) comenta sobre a discricionariedade nessa época:

Por isso a noção antiga de discricionariedade, no qual se continha que o mérito era “indepassável, inquestionável, impenetrável.” Não cabia a nada nem a ninguém discutir se o ato discricionário praticado realmente era oportuno, útil ou conveniente, uma vez que dizia respeito unicamente à valoração subjetiva atribuída a ele pelo administrador. O controle era, pois, absolutamente restrito, pois como impor um controle sobre o que a própria lei – máxima do Direito – permitia fazê-lo?

As dificuldades da existência do Estado de Direito se tornaram claras no início do século XX. Segundo Cademartori (2008, p. 62 e 63), primeiramente porque um Estado de Direito legítimo “deveria estar imbuído de uma forte dimensão axiológica que o fundamentasse e o definisse. Esta, por sua vez, seria a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações de poder.” O autor ainda aponta a segunda causa da crise do modelo:

O segundo fator de crise da legalidade no Estado Legislativo ou Liberal foi a constatação do caráter conflitivo da realidade social em contraposição a uma idéia de Direito neutro frente a tais conflitos. Em outros termos, descobriu-se que a lei também faz parte desse conflito social e, longe de ser produto da vontade geral, ela sim, era produzida por uma maioria contingente, com interesses específicos e dispersa no espectro social.

Sob essa perspectiva, a lei deixou de ser um tipo de salvaguarda frente ao Estado e se transformou em mecanismo de legitimação do poder político e expressão da vontade estatal. Portanto, a lei, que era vista como elemento unificador e coerente, produto da vontade geral, passou a ser vista como produto personalizado, imbuído de interesses sociais e políticos, quase nunca passíveis de serem generalizados. Ao contrário disto, tais interesses estavam ligados a contextos parciais, contingentes e específicos e, portanto, suscetíveis de críticas igualmente parciais e de grupos organizados. (2008, p.63)

Com o declínio do Estado de Direito, surgiu um novo modelo estatal, o Estado Constitucional de Direito, caracterizado pela afirmação do caráter normativo das Constituições. Cademartori observa que esse Estado, segundo alguns entendimentos teóricos e jurisprudenciais, não foi nada além de uma tentativa de realizar uma otimização dos mesmos valores que, inicialmente, inspiraram o Estado de Direito.

O Estado Constitucional de Direito trouxe uma limitação mais eficaz da discricionariedade administrativa, porque se estrutura na supremacia constitucional, consequentemente supremacia dos direitos fundamentais, criando um controle jurisdicional da constitucionalidade. Hoje, concebemos o Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde a discricionariedade do Poder Público é limitada por uma série de princípios previstos em nossa Constituição.

2.2 Conceito de Discricionariedade

O Direito Administrativo, assim como todos os ramos do Direito, é regido pelo princípio da legalidade. Ocorre que na Administração Pública, tal princípio aplica-se de forma diferente da habitual.

Tradicionalmente, o princípio da legalidade consiste na permissão de se fazer tudo o que a lei não proíbe. Já em relação à Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza, conforme o preceito do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, toda a discricionariedade que o administrador tem para agir está (ou deve estar) sempre pautada na lei.

Nesse sentido, Ommati (2004, p. 23) assegura que o poder discricionário vem a ser “esse feixe de competências estipulado em lei para que os administradores se utilizem de apreciação subjetiva a fim de que possam escolher, dentro dos limites legais, aquilo que for mais conveniente, útil e oportuno para o interesse público.”

Mello (1994, p. 09) nos ensina sobre o poder discricionário:

Haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um “poder” discricionário.

Da mesma forma conceitua Meirelles (1998, p. 09) que o “Poder Discricionário é o direito que concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”

No entendimento de Figueiredo (1994, p. 128) apud Cademartori (2008, p. 139), a discricionariedade administrativa consiste na competência-dever de o administrador, perante o caso concreto e após interpretar a lei, “valorar, dentro de um critério de razoabilidade, que não se confunda com seu juízo subjetivo, e optar pela melhor maneira de concretizar a utilidade pública invocada na norma.”

Mello (1994, p.23) também relaciona discricionariedade com razoabilidade:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para situação vertente.

Alguns autores classificam a discricionariedade administrativa em quatro espécies: discricionariedade quanto aos pressupostos, discricionariedade de decisão, discricionariedade de escolha optativa e discricionariedade de escolha criativa.

Moraes (1999, p. 87) apud Ommati (2004, p. 27) diferencia as quatro hipóteses de discricionariedade:

A discricionariedade quanto aos pressupostos viria ser aquela pelo qual se acrescentam aos pressupostos fixados na norma outros pressupostos indispensáveis para a prática do ato. A discricionariedade de decisão, por sua vez, a faculdade de agir ou não agir, ou seja, aqueles casos em que a lei faculta à administração decidir, ou não, sobre determinada situação concreta, como por exemplo, nos casos em que, consoante a Lei 8112/90, a Administração pode ou não conceder licença para tratos de interesse pessoal. A discricionariedade de escolha optativa, por sua vez, seria a possibilidade de a Administração escolher, dentre as hipóteses arroladas na lei, aquela que seja mais conveniente e oportuna para o interesse público. E, por fim, a discricionariedade de escolha criativa, aquela que o próprio administrador criará a solução para o problema apresentado, uma vez que silente a lei a esse respeito.

É válido ressaltar a lição de Appio (2005, p. 119):

Muito embora os atos administrativos discricionários permitam o exercício de um ato de vontade, deixando ao agente a possibilidade de obter, validamente, por uma dentre as múltiplas opções existentes, existe uma vinculação finalística aos valores e princípios constitucionais, com especial ênfase aos contidos no art. 37, *caput*, da CF/88).

Os princípios citados pelo autor são cinco: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todo ato administrativo deve estar vinculado a esses princípios.

O sentido de legalidade é explicado por Meirelles (1998, p. 85):

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A impessoalidade garante que o alvo da atividade administrativa deve ser o interesse público, respeitando o princípio da isonomia onde os administrados que se encontram em situações idênticas devem receber tratamento igual pela Administração.

O princípio da moralidade exige do administrador uma conduta ética e honesta. Ele foi reforçado pela Lei 9.784 de 29/01/1999, que trata do processo administrativo na Administração Pública Federal.

A publicidade dos atos administrativos propicia transparência da conduta do administrador, possibilitando um maior controle desses atos pela sociedade, como salienta Meirelles (1998, p. 89):

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais - mandado de segurança (art. 5.º, LXIX), direito de petição (art. 5.º, XXXIV, "a"), ação popular (art. 5.º, LXXIII), habeas data (art. 5.º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, § 4.º) -, e para tanto a mesma Constituição impõe o fornecimento de certidões de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações (art. 5.º, XXXIV, "b"), os quais devem ser indicados no requerimento.

O princípio da eficiência exige da Administração Pública uma maior produtividade, e em contrapartida a economia, como redução do desperdício do interesse público. Tal princípio foi inserido no artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98, em razão com o imenso descontentamento em relação ao serviço público.

É certo que a discricionariedade é necessária para que a Administração Pública exerça suas funções. Sem essa ferramenta, pautada pela conveniência e oportunidade, seria impossível o desenvolvimento de suas atividades com eficiência. No entanto, resguarda-se sempre o interesse público. Assim, mesmo quando há lacunas na lei, o administrador não possui plena liberdade, pois o seu campo de escolha é sempre limitado, principalmente pelos princípios referidos.

2.3 Controle da Discricionariedade

Toda atividade administrativa é passível de ser controlada. Tal controle é fundamental, não só no âmbito administrativo, mas em todas as esferas de Poder porque garante a consonância com os preceitos constitucionais.

No caso do controle administrativo, este pode ser exercido de maneira interna ou externa. O controle interno é o realizado pela própria Administração Pública, chamado de

controle administrativo. O controle externo pode ser feito pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

2.3.1 Controle Administrativo

O controle administrativo é o realizado pela própria Administração Pública, mediante provocação ou de ofício. A exigência de um controle interno vem da Constituição Federal, que estabelece em seu art. 74:

Art.74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

O controle administrativo abrange todos os órgãos da Administração direta e pessoas jurídicas que integram a Administração indireta. Quanto à Administração direta, decorre da possibilidade de autotutela, permitindo que a Administração Pública reveja os próprios atos, evitando assim um controle judicial. Esse poder é corroborado pelas súmulas 346 e 473 do STF, que assim preconizam:

Súmula 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473. 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.

Na esfera federal, o controle administrativo é chamado de supervisão ministerial, regulado pelo Decreto-lei nº 200 de 25-02-1967. Mello (1994, p. 903) ensina que, em conformidade com esse Decreto, o controle ocorrerá nos aspectos administrativo, orçamentário, patrimonial e financeiro, objetivando assegurar a observância da legislação e

dos programas de governo, coordenar as atividades dos órgãos e avaliar sua atuação e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos.

Nas esferas estaduais, municipais e do Distrito Federal, para Mello (1994, p. 903 e 904), “os objetivos do controle interno, *mutatis mutandis*, são, evidentemente, os mesmos, mas a estrutura administrativa variará de acordo com a legislação de cada um.”

Em relação à Administração indireta, o controle deve observar os limites impostos pela lei para que não se ofenda a autonomia desses órgãos. O Decreto-lei nº 200, já citado, referindo à Administração indireta, em seu art.26, prevê que a supervisão das pessoas jurídicas a compõe visará assegurar a realização dos objetivos fixados nos atos da constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Quando a Administração não age de ofício, o controle pode ser provocado pelos administrados por meio dos recursos administrativos. Como define Ommati (2004, p. 58), os recursos administrativos “são todos os instrumentos de que dispõem os administrados para recorrerem da decisão proferida em âmbito administrativo, provocando o reexame do ato, que será feito pela própria Administração.”

O fundamento dos recursos administrativos se encontra no artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos XXXV e LV:

XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Mello (2004, p. 901 e 902) suscita a questão da existência de outro recurso assegurado em lei, porém pouco utilizado:

Cumpre consignar que qualquer pessoa pode suscitar o controle da Administração para que seja sancionado o agente que haja incidido em “abuso de autoridade”. Tal possibilidade está contemplada na importantíssima, mas, infelizmente, quase ignorada, Lei 4.898, de 9.12.65, que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade”. Para fazê-lo, o interessado procederá mediante petição “dirigida à autoridade superior que

tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção” “e/ou ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo crime contra autoridade culpada.”

A nossa legislação garante muitas outras formas de provocação do controle administrativo, porém elas são do conhecimento de poucos e por isso pouco utilizadas. O desconhecimento de muitos direitos garantidos pela lei faz com que os direitos dos cidadãos continuem sendo lesados.

2.3.2 Controle Legislativo

A função precípua do Poder Legislativo é elaborar leis. No entanto, esse Poder também possui outras funções, e uma delas é exercer o controle do Poder Executivo.

O controle legislativo da Administração pública pode ser político ou financeiro. O controle político é realizado pelo Congresso Nacional, abrangendo aspectos de legalidade e mérito. O controle financeiro é efetuado com o auxílio do Tribunal de Contas.

Araújo (1992, p. 89) apud Ommati (2004, p. 62), faz uma breve explanação sobre o controle parlamentar:

Já constavam da Carta anterior e foram mantidas as funções de:

- a) controle financeiro-orçamentário externo da Administração Pública, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (Constituição de 1988, arts. 49, IX; 70 a 75; 31, 33, §2º e 52, V);
- b) tomada de contas, pela Câmara dos Deputados, quando o Presidente da República não as prestar no prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (Constituição de 1988, art. 51, II);
- c) fiscalização dos atos do Executivo, por meio de comissões parlamentares de inquérito, que agora possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art.58, §3º);
- d) participação nos atos de nomeação para determinadas funções, em procedimento conjunto com o Executivo federal, sendo que a atribuição do Legislativo de aprovar previamente a escolha de indivíduos para certos cargos viu-se ampliada e foi também prevista a arguição pública dos indicados (art. 52, III);
- e) julgamentos, por crimes de responsabilidade, de determinados agentes públicos, a saber: o Presidente e Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União (Constituição de 1988, art. 52 e 52, I e II e art. 86). Exceto quando a este último cargo, o julgamento dos demais era previsto na Constituição anterior.

Existem ainda outras formas de controle legislativo previstas em nossa Constituição, todas com o intuito de verificar a motivação do ato do administrador, se a atividade administrativa respeitou os princípios inerentes à Administração Pública e se este ato atendeu sua finalidade, o interesse público.

2.3.3 Controle Jurisdicional

O controle jurisdicional passou a ser concebido a partir da implementação nos Estados de três órgãos com funções distintas, na teoria consolidada por Montesquieu, junto com o seu Sistema de Freios e Contrapesos. Além do mais, com a afirmação dos direitos individuais na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1793), junto com toda a positivação do direito na época, surgiu a necessidade de controle para garantir esses direitos.

Cademartori (2008, p. 55) nos explica que, no tocante aos atos administrativos, “no decorrer do século XIX, estes podiam ser apreciados pelos tribunais administrativos. No caso da França, existe até hoje um duplo contencioso, administrativo e de jurisdição ordinária.”

No Brasil, a Constituição do Império, a exemplo da França, também mantinha um duplo contencioso, mas as Constituições do início do século XX não permitiam o controle judicial, como nos leciona Cademartori (2008, p. 52 e 53):

Historicamente, as Constituições de 1934 e 1937 nos seus arts. 68 e 94, respectivamente, vedavam ao Poder Judiciário apreciar os atos do governo. Entretanto, com o advento da Constituição de 1946, criou-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão ao Direito. Nesse caso, se um ato de governo lesasse o Direito, poderia tal ato ser impugnado perante o Poder Judiciário.

A nossa Constituição atual, em seu art. 5º, XXXV, traz a regra para o controle do Judiciário: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Esta atribuição do Poder Judiciário ocorre porque, segundo Mello (1994, p. 910 e 911), no Brasil, diferentemente de inúmeros países, “vigora o sistema da jurisdição única, de sorte que assiste ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida.”

De acordo com Meirelles (1998, p. 577 a 580), os atos administrativos podem ser sujeitos a controle comum ou especial. O autor explica que os atos sujeitos a controle comum são os atos administrativos em geral, sendo esse controle limitado apenas quanto ao seu

objeto, que deverá ser sempre a legalidade, não podendo haver pronunciamento sobre a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato, ou seja, sobre o seu mérito. Sobre a legalidade, pondera Meirelles (1998, p. 577):

A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia. Nos Estados de Direito, como o nosso, não há lugar para o arbítrio, a prepotência, o abuso de poder. A Administração Pública está tão sujeita ao império da lei como qualquer particular, porque o Direito é a medida-padrão pela qual se aferem os poderes do Estado e os direitos do cidadão.

Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Os atos sujeitos a controle especial são atos apreciados pelo Poder Judiciário com maiores restrições que os comuns. São os chamados atos políticos, atos legislativos e atos interna corporis.

Os atos políticos, para Meirelles (1998, p. 579 e 580) são aqueles praticados por agentes do Governo que possuem ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade, ou seja, permitem grande discricionariedade. Mesmo esses atos não escapam da apreciação judicial, pois não há justificativa para lesões a direitos individuais:

Mas, como ninguém pode contrariar a Constituição e essa mesma Constituição veda se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5.º, XXXV), segue-se que nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela Justiça quando argüido de inconstitucional ou de lesivo de direito subjetivo de alguém. Não basta a simples alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial, pois será sempre necessário que a própria Justiça verifique a natureza do ato e suas conseqüências perante o direito individual do postulante. O que se nega ao Poder Judiciário é, depois de ter verificado a natureza e os fundamentos políticos do ato, adentrar seu conteúdo e valorar seus motivos. (Meirelles, 1998, p. 580)

Os atos legislativos são as leis, que não se sujeitam a anulações por processos comuns, apenas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, previstas no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, e pelo processo judicial descrito na Lei 4.337/67.

Em relação à “interna corporis”, que como explicita Meirelles (1998, p. 582), são “aquelas questões que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara”. Meirelles (1998, p. 583) cita como exemplo as eleições internas para escolha da Mesa, e explica que o Poder Judiciário não pode substituir a deliberação da Câmara, mas pode confrontar o ato praticado com os preceitos constitucionais que estabelecem as condições, forma ou rito para o cometimento desse ato.

Existem muitas críticas em torno do controle judicial da discricionariedade administrativa, sob a alegação que este fere o Princípio da Separação dos Poderes. Ommati (2004, p. 65) reflete sobre o tema:

O maior problema enfrentado, no que concerne à apreciação dos atos discricionários pelo Judiciário, é conciliar justamente o direito constitucionalmente assegurado da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da separação dos poderes, justamente para saber se, ao controlar um ato, o Judiciário estará exercendo a sua função, ou estará extrapolando, invadindo competência que não é sua. A questão central é saber se o Judiciário pode reavaliar conceitos indeterminados, que ensejaram o uso da discricionariedade, dando-lhes nova concepção, novo entendimento.

Na opinião de Soares (in Moraes, 1999, p. 95) apud Ommati (2004, p. 64), o controle afronta a tripartidação:

O princípio da separação dos poderes, mesmo numa compreensão diferente da tradicional, reclama o reconhecimento à Administração de uma capacidade de realização da idéia de Direito, que passa, até onde for possível, pela liberdade de preenchimento do sentido dos preceitos legais. Junta-se a isso o princípio de respeito pela Administração autônoma, que joga nesse domínio a favor duma maior liberdade.

Ommati (2004, p. 67) defende o controle, afirmando que a atuação do Judiciário não fere a Teoria da Separação dos Poderes porque não interfere na atuação da Administração nem em sua discricionariedade. Ele apenas verifica se o ato obedeceu aos preceitos e princípios constitucionais e se buscou satisfazer o interesse público.

O principal debate que cerca o controle judicial ocorre quando este envolve as políticas públicas. A promoção de políticas públicas sempre ficou a cargo da Administração Pública, mas nos últimos anos este cenário mudou, passando a existir mais interferência do

Poder Judiciário. Porém, antes de entrar nessa questão, é preciso entender um pouco mais as políticas públicas.

CAPÍTULO 3- POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

3.1 Origem das Políticas Públicas

A Revolução Industrial no século XVIII trouxe inúmeras mudanças para a sociedade. O surgimento das máquinas e o crescimento da indústria desencadearam a problemática da questão social. Surgiu uma nova massa, a dos proletariados, e com ela a exploração da mão-de-obra, condições indignas de trabalho, exploração de mulheres e crianças e outros problemas, num cenário de inexistência de leis que amparasse esses trabalhadores.

Com a Revolução Francesa (1789) e outros movimentos reivindicatórios, iniciou-se um processo de exigência ao Estado de realização da justiça social, com prestações estatais como assistência à saúde, educação, etc. Segundo Ramos (2008) apesar do cunho liberal e individualista desta Revolução, as Declarações dela advindas já apresentavam indícios de novos direitos, denominados sociais. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 em seu artigo 21 previa auxílio aos necessitados: *"A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja fornecendo-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não estão em condições de trabalho."* A Constituição Francesa de 1791 previu a criação de um estabelecimento geral de Assistência Pública no antepenúltimo parágrafo do Título I:

... será criado e organizado um estabelecimento geral de assistência pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontrá-lo.

O século XX é marcado pelo chamado “constitucionalismo social”, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar). Assim, iniciou-se a concretização do *Welfare State*, Estado de Bem Estar, Estado Social, defendendo a firme intervenção do Estado no desenvolvimento econômico e social.

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial os direitos sociais foram consagrados em um número significativo de Constituições. De acordo com Bucci, “esse período pós-guerra consagra o apogeu do Estado Social, quando são formuladas as constituições que fornecem a matriz da Constituição brasileira de 1988 (embora o constitucionalismo brasileiro já viesse esboçando o caminho do Estado social desde 1934 e 1946). Bucci ainda afirma que o constitucionalismo pós- Segunda Guerra, inaugurado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em 1949, inova porque não é apenas a estruturação em regras e

princípios, nem a aparente generosidade com referência a direitos, especialmente os direitos sociais, mas pela instituição dos Tribunais Constitucionais, sob o pioneirismo do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1950. Os conflitos sociais ganham lugar privilegiado nas arenas de socialização política, em especial o Poder Legislativo, mas também, de certa forma, o Poder Judiciário, os embates sociais por direitos. (BUCCI: 2006, p.5-6)

Neste contexto, Derani (2006, p.131) ressalta:

A política pública é fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais. O Estado passa para além do seu papel de polícia e ganha uma dinâmica participativa na vida social, moldando o próprio quadro social por uma participação distinguida pelo poder de impor e pela coerção.

Para Gonçalves (2006, p. 78):

No Estado Social, é evidente o ativismo estatal no que tange à promoção das políticas públicas. Mas, com a crise deste modelo, notada a partir dos anos 70 e aprofundada durante a década de 1980, surgem, vigorosas, as teorias neoliberais. Para elas, a adoção do Estado do Bem-Estar Social é o inverso ao que se propõe: buscando proteger o cidadão das desgraças da sorte, o Estado, aparentemente benfeitor, acaba na verdade produzindo um inferno de ineficácia e clientelismo, pesadamente pago pelo mesmo cidadão que à primeira vista procurava socorrer.

Assim ressurgem a ideologia liberal. As idéias neoliberais constituíram uma reação ao Estado intervencionista, numa forma de combater o comunismo. Em muitos países foram restringidos direitos sociais e houve um enorme crescimento da exclusão social.

No Brasil, em meio século, houve uma grande transformação econômica e social. Segundo dados do IBGE, em 1920 o país era totalmente agrícola, com 70% da população vivendo na área rural. Em 1970 já era o inverso, 70% da população habitava a área urbana, e o país era uma das maiores potências industriais do mundo. Tal fato gerou inúmeros problemas na área social, pois o crescimento rápido e desordenado suscitou questões de moradia, saúde, educação, desemprego, gerando a necessidade de legislação protetiva.

Desde 1824, já havia indícios de direitos sociais. A Constituição de 1934 já enunciava, em seu Título IV, uma ordem econômica e social, e instituiu uma importante regulamentação das relações de trabalho. Mas só na Constituição de 1988 que se estabeleceram de maneira efetiva os direitos fundamentais e os direitos sociais, bem como as políticas públicas como instrumento de efetivação destes.

Giovanni, em um artigo publicado pelo Núcleo de Estudo de Políticas Públicas da Universidade Estadual de Campinas, completa:

O período compreendido entre o segundo pós-guerra e os dias atuais, embora apresentando alguns momentos de retrocesso, foi um momento de consolidação das democracias ocidentais. Objetivamente foram ampliados os campos de representação política, configurado na participação sindical e partidária, no direito de voto, na participação em movimentos sociais e em novas formas de associação voluntária. Tais mudanças produziram uma nova concepção das sociedades sobre o Estado. Para muitos segmentos da sociedade, o Estado verdadeiramente democrático passa a ser visto, não apenas como aquele que inclui mecanismos clássicos de representação (direito de votar e ser votado; participação igualitária de classes, categorias e interesses), mas também aquele que revela uma forte capacidade de resposta às demandas da sociedade. Este argumento mostra que o crescimento da presença das políticas públicas na vida cotidiana, não se dá simplesmente pela ampliação da ação do Estado, mas também pelas exigências que lhe são colocadas pela sociedade. (GIOVANNI: 2009, p. 15)

Derani (2006, p.133) nos lembra um ponto importante:

Enquanto o Estado era simplesmente a concentração da violência e do poder sobre os cidadãos, respaldado pela lei, espelhava em suas decisões os interesses daqueles que o integravam, tinha-se um Estado fruto de uma política de representação – ação social para a construção de uma representação de poder. Agora a atividade estatal se estende para uma prática identificada pela política pública com finalidade social.

No Brasil contemporâneo, a existência de uma Constituição relativamente nova que garantiu inúmeros direitos, traz a necessidade de o Estado promover a efetiva realização destes, por meio das políticas públicas, concebendo ações para amenizar a má distribuição de renda, num papel de “produtor-realizador” (GONÇALVES, 2006, p. 90) dessas políticas.

Bucci (2006, p. 10) menciona:

A Constituição brasileira de 1988 foi carregada com os direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história. O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população.

A Constituição de 1988 surgiu num contexto de desigualdade social e carência de direitos, trazendo inúmeras garantias. Para algumas dessas garantias como a vida, a liberdade, a simples menção na lei já traz ao cidadão um direito subjetivo. Outras garantias, como os

direitos sociais, são programáveis, ou seja, necessitam de programas para sua efetivação. Sendo assim, é fundamental o papel das políticas públicas em nossa sociedade.

3.2 Conceito de políticas públicas

As políticas públicas surgiram como uma inovação ao campo do Direito, no contexto dos direitos sociais, na transformação da figura abstencionista do Estado para um papel intervencionista.

Bucci (2006, p.37) aponta a necessidade de teorização da política pública:

A importância de se teorizar juridicamente o entendimento das políticas públicas reside no fato de que é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política. Trata-se, assim, da comunicação entre o Poder Legislativo, o governo (direção política) e a Administração Pública (estrutura burocrática), delimitada pelo regramento pertinente.

O conceito de políticas públicas vem do campo das ciências sociais e da política, sendo que, em parte, conforme se muda o modelo de Estado em que elas surgem, varia também o conceito. Num Estado Social de Direito, pode-se dizer as políticas públicas são um meio de efetivação dos direitos sociais, constituindo uma forma de ação de um Estado dirigente, intervencionista.

Thöenig, apud Bucci (2006, p. 39), conceitua políticas públicas como programas de ação de autoridades governamentais, que formam “um conjunto de processos e de interações concorrendo ao enfrentamento e à solução de certo número de problemas postos na agenda das autoridades.”

Giovanni (2009, p. 04 e 05) rebate tal afirmação, sustentando que o conceito vai além da idéia de que uma política pública é simplesmente uma intervenção do Estado numa situação considerada problemática. Ele concebe a política pública como uma forma contemporânea de exercício do poder nas sociedades democráticas, resultante de uma complexa interação entre Estado e sociedade, entendida num sentido amplo, que inclui as relações sociais travadas também no campo da economia. Giovanni acredita que é exatamente nessa interação que se definem as situações sociais consideradas problemáticas, bem como as formas, os conteúdos, os meios, os sentidos e as modalidades de intervenção estatal.

Draibe (1998) apud Massa-Arzabe (2006, p.62) concebe políticas públicas como “o conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias

dimensões das condições básicas de vida da população, organizados numa determinada área de implantação.”

Duran (apud Massa-Arzabe, 2006, p. 62) afirma que “uma política pública é a busca explícita e racional de um objetivo graças à colocação adequada de meios onde a utilização razoável deve produzir conseqüências positivas.”

Massa-Arzabe (2006, p.61) ressalta que a utilização do termo política pública, serve “para designar não a política de Estado, mas a política do público, de todos e para todos. Trata-se de uma política voltada a avançar os objetivos coletivos de aprimoramento da comunidade e da coesão - ou da interdependência - social.”

Em seus trabalhos, Bucci (2006, p. 39) formulou a seguinte preposição:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição de Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

A autora destrincha a sua definição de políticas públicas baseando-se em três palavras chave: programa, ação-coordenação e processo.

Programa seria o conteúdo propriamente dito de uma política. Knoepfel (1998, p.67) apud Bucci (2006, p. 40) definiu o termo programa:

Programa administrativo – desenho de política (*policy design*) – conjunto de normas e das diretivas federais e cantonais que os governos e os parlamentos consideram necessárias para aplicar a concepção da política pública por intermédio dos planos de ação e por uma regulamentação administrativa dos grupos-alvo. Esse programa administrativo deve respeitar o princípio da legalidade. As políticas públicas dispõem de programas administrativos mais ou menos detalhados (densidade regulamentar), mais ou menos centralizados (alta ou baixa densidade regulamentar da parte do programa administrativo gerado ao nível federal), e mais ou menos coerentes (adequação dos elementos constitutivos dos programas administrativos). Esses últimos correspondem a definição dos objetivos, os elementos de avaliação e operacionais (instrumentos de intervenção), as decisões sobre o arranjo político-administrativo, sobre os recursos, bem como sobre o procedimento e sobre as modalidades de intervenção administrativa.

Os objetivos concretos da política são o núcleo do programa administrativo, constando neste também os elementos operacionais (instrumento), os elementos de avaliação, os elementos instrumentais e procedimentais, os arranjos político-administrativos, os meios financeiros e outros recursos.

Ação se traduz no sentido de que o ideal de uma política pública é o atingimento dos objetivos sociais propostos por ela, uma ação em resultados determinados num certo espaço de tempo:

O que justifica o entrosamento da Teoria do Direito com os saberes da Teoria da Administração Pública e Ciência Política é a busca de uma conformação da política pública ajustada às exigências do sistema jurídico-institucional, de modo que a realização dos seus objetivos seja abrigada e apoiada pelo sistema e não minada por ele. (BUCCI, 2006, p.44)

A coordenação deve ser congênita à atuação do Poder Público, seja na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos e entre os organismos da sociedade civil e o Estado.

Processo se refere à forma de participação da sociedade nas políticas públicas:

A adesão da sociedade, quando não a atuação ativa desta, é fundamental para a eficiência da atuação administrativa. Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado, do burocrata e do cidadão, do governante e do governado. (PEREZ, 2006, p.168)

Todo esse processo e procedimento administrativo que implementa uma política pública deve ser realizado com qualidade pois uma política pública bem realizada é propulsora do desenvolvimento econômico e social de qualquer Estado.

Costa (2006, p.02) elucida a peculiaridade do termo políticas públicas em três focos:

Primeiramente, tal termo refere-se tanto aos conteúdos particulares que se expressam em diferentes matérias ou campos de atuação governamental como pode fazer referência aos processos políticos próprios da ação e, ainda, às instituições políticas. Em segundo lugar, ressalte-se que este termo implica também que, enquanto curso de ação deliberada, as políticas públicas envolvem preferências, escolhas e decisões (critérios de decisão dos decisores), o que remete sua discussão para os mecanismos individuais e coletivos que envolvem sua formação. Isto se refere particularmente à análise de como se formam determinados cursos de ação, ou seja, exige a compreensão de que tais escolhas e preferências não são neutras em relação a quem as formula, mas carregadas de significados históricos. Por fim, encontra-se uma questão de mais difícil solução: enquanto resultado de

forças e interesses que se posicionam socialmente frente a outras forças e interesses, as políticas públicas alteram a percepção da sociedade sobre determinados fatos, formulados como problemas. E aí reside um aparente paradoxo: mesmo sabendo não ser o Estado o único agente capaz de formular e implantar políticas públicas, sua importância na vida social lhe determina uma posição privilegiada neste processo. O risco, neste caso, para o analista é centrar sua análise apenas no Estado, esquecendo de compreendê-lo como resultado também de um jogo de forças e interesses. Todavia, na organização estrutural da sociedade, o Estado surge como a principal instituição sobre a definição, veto e formação legítima e legitimadora de políticas públicas. Assim, quando há demanda social que necessite ser legitimada, é o Estado que passa a processá-la e, a partir dos interesses daqueles que gestam o Estado tal processualidade pode sofrer vetos e confrontos que podem inibir ou sobrevalorizar determinadas demandas.

A utilização de políticas públicas pelo Estado incube a este a função de fiscalizar e coordenar os agentes públicos e privados para que se alcance determinados resultados. Para tal, uma política pública deve centrar-se na utilização dos instrumentos mais adequados, estruturados num espaço de tempo.

Cabe lembrar que para a existência de uma política pública é fundamental que as decisões e declarações advenham de diversos órgãos governamentais e que tenham um vínculo jurídico, pois a norma jurídica exerce a função de modelar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade administrativa do Estado.

3.3 Políticas públicas no mundo jurídico

A nossa Carta Magna previu um rol de direitos sociais para garantir aos cidadãos condições básicas para uma vida digna:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os artigos 193 a 232 definem os modos ou estruturas básicas para a concretização dos direitos previstos no art. 6º, porque os direitos sociais são direitos programáveis, ou seja, devem ser promovidos pelo Poder Público, que realiza essa tarefa por meio das políticas públicas.

As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e

portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza como contratos de concessão de serviço público, por exemplo. (BUCCI, 2006, p.11)

Especialmente a partir da década de 1980 houve a edição de um grande número de leis com o fim de instituir políticas setoriais. Bucci (2006, p.12 e 13) nos traz alguns exemplos, como a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Tal lei estatui os fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos e sistema dessa política:

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)

Outro exemplo mais recente é a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096 de 13 de janeiro de 1995, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni), regulamentando a imunidade constitucional do art. 195, § 7º, para entidades educacionais beneficentes, e disciplinando as hipóteses de isenção tributária para as instituições participantes. A lei promove a inclusão, garantindo o direito social à educação previsto em nossa Constituição.

Bucci (2006, p.14) aponta:

Isso ilustra porque uma política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Pode-se citar também o Plano Nacional de Educação (PNE), instituído pela Lei nº 10.172 de 9 de janeiro de 2001, que ilustra a política pública na área educacional. O plano traz os objetivos, diretrizes e metas para a educação no país nessa década:

(...)

Em síntese, o Plano tem como objetivos: a elevação global do nível de escolaridade da população; a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis; a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública e democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Considerando que os recursos financeiros são limitados e que a capacidade para responder ao desafio de oferecer uma educação compatível, na extensão e na qualidade, à dos países desenvolvidos precisa ser construída constante e progressivamente, são estabelecidas prioridades neste plano, segundo o dever constitucional e as necessidades sociais.

1. Garantia de ensino fundamental obrigatório de oito anos a todas as crianças de 7 a 14 anos, assegurando o seu ingresso e permanência na escola e a conclusão desse ensino. (...)
2. Garantia de ensino fundamental a todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria ou que não o concluíram. (...)
3. Ampliação do atendimento nos demais níveis de ensino – a educação infantil, o ensino médio e a educação superior. (...)
4. Valorização dos profissionais da educação. Particular atenção deverá ser dada à formação inicial e continuada, em especial dos professores. (...)
5. Desenvolvimento de sistemas de informação e de avaliação em todos os níveis e modalidades de ensino, inclusive educação profissional, contemplando também o aperfeiçoamento dos processos de coleta e difusão dos dados, como instrumentos indispensáveis para a gestão do sistema educacional e melhoria do ensino.

Este Plano Nacional de Educação define por conseguinte: as diretrizes para a gestão e o financiamento da educação; as diretrizes e metas para cada nível e modalidade de ensino e as diretrizes e metas para a formação e valorização do magistério e demais profissionais da educação, nos próximos dez anos.

Tratando-se de metas gerais para o conjunto da Nação, será preciso, como desdobramento, adequação às especificidades locais e definição de estratégias adequadas, a cada circunstância, elaboração de planos estaduais e municipais.

Destaca-se da mesma forma o Capítulo II do Título VI da Constituição Federal, que trata das Finanças Públicas. Os instrumentos orçamentários dispostos na Constituição como o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária são considerados expressões de políticas públicas:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I – o plano plurianual;
- II – as diretrizes orçamentárias;
- III – os orçamentos anuais.

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§ 9º - Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Outras espécies normativas típicas das políticas públicas encontram-se nas Normas Operacionais Básicas de Saúde como NOB 1/93, NOB 2/96 e NOAS 2000, que explicitam e dão conseqüências práticas aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), e no Plano Diretor, regulamentado pelo art. 182 da Constituição Federal:

Art.182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

(...)

O Plano Diretor, ratificado posteriormente pelo Estatuto da Cidade, em 2001, é um instrumento da política urbana municipal, com o objetivo de promover o cumprimento da função social da propriedade em nosso país.

3.4 Princípios norteadores das políticas públicas

Toda política pública está ligada aos princípios que estruturam a Administração Pública, que são os previstos no artigo 37, *caput* da Constituição Federal: "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*". Desses princípios, três merecem destaque: o princípio da legalidade, princípio da publicidade e princípio da eficiência

O princípio da legalidade vem definido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". No campo da Administração Pública isto significa que o administrador só pode atuar nos termos da lei. Sobre o tema, Mello ponderou:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral. (MELLO, 2008, p. 57)

Sendo assim, a edição de uma política pública deve ser sempre fundamentada na prévia permissão de uma lei que estruture e a defina, ou seja, a lei é o seu único parâmetro. Não basta a não proibição da lei, como vale para o campo privado. Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei antecipadamente autoriza.

A publicidade no âmbito das políticas públicas é fundamental pois acredita-se que o Poder Público deve agir com a maior transparência possível a fim de que a população tenha conhecimento de tudo o que acontece na Administração Pública. Em uma democracia onde o poder “emana do povo” (art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal) é de suma importância o conhecimento da população acerca da gestão pública de seu país.

Cardozo (1999, p.159) define esse princípio:

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

Geralmente a publicidade dos atos públicos é realizada por meio de imprensa oficial, o que, apesar de ser o suficiente para cumprir o disposto em lei, acaba por não ser plenamente eficaz visto que apenas uma parcela da população tem acesso a tal meio de publicidade.

Ênfase merece o princípio da eficiência, que orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios de que dispõe. Massa-Arzabe (2006, p.69) sustenta que “como as políticas públicas existem em função de objetivos que devem ser concretizados, a avaliação de seu procedimento e dos resultados que vai alcançando deve ser pautado pelo exame da eficiência.” A autora ainda lembra que o critério da eficiência deve ter base tanto a otimização do uso dos recursos financeiros como a satisfação mais próxima possível das metas traçadas, obedecidos os princípios e diretrizes previamente estabelecidos.

Neste sentido, Cardozo observa:

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que consideramos correta, também deve abarcar a idéia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis (CARDOZO, 1999, p. 166 e 167)

Para o alcance da eficiência o Poder Público deve aproveitar da melhor forma todos os recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros existentes, visando chegar ao melhor resultado possível, realizando para isso, sempre que necessário, ajustes no procedimento da realização das políticas públicas.

3.5 Ciclo das políticas públicas e participação da sociedade

A política pública dá-se por ciclos, que alguns autores classificam como fases, o que remete a um procedimento linear, que não corresponde à realidade das políticas públicas, visto que, como explica Massa-Arzabe (2006, p.70), “se verifica um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas ao curso da execução”. Sendo

assim, pode-se distinguir quatro ciclos nas políticas públicas: agenda, formulação, implementação e avaliação.

A agenda é o espaço onde os problemas são constituídos, reconhecendo-os em função dos indicadores e eventos, é a fase de formação, onde se determinam os objetivos imediatos do conflito. Massa-Arzabe elucida a questão:

De maneira genérica, entretanto, pode-se afirmar que a fase de formação compreende a identificação dos problemas a serem tratados, estabelecendo uma agenda [*agenda setting*], assim como a proposição de soluções, abrangendo a realização dos estudos multidisciplinares necessários para delimitá-los, a especificação dos objetivos que se pretende alcançar adequados ao problema e a indicação dos melhores modos de condução da ação pública, tratando-se, aqui, da formulação da política. Sucintamente, a “fase de formulação baseia-se em estudos prévios e em um sistema adequado de informações, definindo-se não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70)

Segundo Hoppe, Van der Graaf e Van Dijk apud Viana (1996), a fase de formulação de políticas, elaboração de alternativas e escolha de uma delas, pode ser desmembrada em três fases: - quando uma massa de dados transforma-se em informações relevantes; - quando valores, ideais, princípios e ideologias se combinam em informações fáticas para produzir conhecimento sobre ação orientada; e quando o conhecimento empírico e normativo é transformado em ações públicas, aqui e agora.

A formulação envolve um processo decisório onde, após identificada a origem da demanda, escolhe entre as várias alternativas, decidindo sobre um “programa de compromissos” e definindo ações.

Sobrevindo a decisão conformadora da política, inicia-se a implementação, que deverá observar os princípios e diretrizes, prazos, metas quantificadas etc. (MASSA-ARZABE, 2006, p.70). A implementação ou execução é o ciclo onde tudo o que foi formulado se transforma em resultados e impactos, que depende dos recursos econômicos disponíveis, das condições econômicas e sociais, da opinião pública e da posição das diversas categorias da sociedade.

Para Massa Arzabe (2006, p.71):

É importante vincar que os órgãos e instâncias diretamente envolvidos na execução da política, assim como entidades do setor privado, nas hipóteses de convênios ou parcerias, não agem em livre discricionariedade, mas guiados e vinculados numa perspectiva ampla, pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, e numa perspectiva estrita, pelos

princípios, diretrizes e objetivos imediatos e mediatos traçados na política pública.

A avaliação pode ocorrer sob duas óticas: avaliação do processo e avaliação do impacto. A avaliação de processo estuda a fase de implementação de determinada política e a avaliação de impacto estuda os resultados de uma política, indagando os déficits e as conseqüências indesejadas.

Massa-Arzabe (2006, p. 70 e 71) explica:

A avaliação, que se dá por vários métodos, vai verificar o impacto da política, se os objetivos previstos estão sendo atingidos e se há algo a ser modificado, isto é, irá aferir a adequação de meios a fins, promovendo a relegitimação ou a deslegitimação da ação pública e também fornecendo elementos para o controle judicial, social ou pelos tribunais de contas.

Fundamental é a participação da sociedade neste processo. Como citado por Perez (2006, p. 164 e 165), A Constituição Federal estabeleceu uma série de normas voltadas a respaldar a adoção de institutos participativos na Administração Pública:

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

III - participação da comunidade.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

(...)

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

Machado (2009, p. 31) faz uma importante observação:

Numa sociedade aberta onde haja pluralidade de visões de mundo e, por outro lado, onde recursos são escassos, fazer escolhas públicas é algo difícil. Essas escolhas são objeto de ampla discussão entre os vários grupos políticos, cuja decisão somente ocorrerá após grande embate da sociedade por via dos grupos de pressão.

A importância da participação da sociedade, segundo Perez (2006, p. 167 e 168), é que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservação do meio-ambiente, atividades típicas do Estado de Bem-Estar, não depende apenas da ação do poder público, mas da adesão da sociedade, quando não a atuação ativa desta como fundamental para a eficiência da atuação administrativa. Daí a necessidade da utilização de instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado, do governante e do governado.

O Poder Judiciário vem atuando no sentido de tornar a atividade administrativa mais eficaz. Essa atuação vai além do âmbito da legalidade, ocorrendo em áreas antes exclusivas dos outros Poderes. Trata-se do controle judicial de políticas públicas, tema abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4 – CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a positivação dos Direitos Sociais houve um aumento na necessidade de atuação do Poder Público, pois estes dependiam da realização de políticas públicas para sua implementação. A realização dessas políticas ficava restrita à discricionariedade do administrador, que decidia as mais adequadas, prioritárias, sem qualquer tipo de controle externo, fora o acerca da legalidade dos atos administrativos.

Aos poucos foram surgindo instrumentos para a realização de um controle pelo Poder Judiciário, mas estes a princípio, como nos lembra Cademartori (2008, p. 66), exigiam “uma base de fundamentação jurídica que – ao mesmo tempo em que legitimassem eficazmente decisões judiciais de ordem político-social – respeitassem as competências de atuação dos demais poderes estatais, sem comprometer sua harmonia e independência”. Tal possibilidade de controle, portanto, não era efetiva, como ensina Cademartori (2008, p. 66):

Esse novo contexto constitucional não se fazia acompanhar de mecanismos jurídico-processuais *efetivos* de implementação ou garantias de cumprimento de tais direitos, na eventual omissão dos poderes públicos. Portanto, as medidas de ordem interventiva no Estado Social dependiam mais de atuações governamentais, em maior ou menor grau, conforme a vontade política do poder estatal, do que de medidas judiciais adotadas pelos próprios cidadãos sempre que entendessem estar ao desabrigo dos seus direitos sociais.

Até a Constituição de 1988, como nos leciona Barroso (2009, p. 07), a postura adotada pelo Judiciário no Brasil era de “auto-contenção judicial”, onde os juízes e tribunais evitavam aplicar o que não estivesse expresso na Constituição, utilizavam bases rígidas para a declaração de inconstitucionalidade de leis e abstinham-se de intervir em políticas públicas.

A mudança nessa postura veio com nossa atual Constituição, não só pelo supracitado inciso XXXV do artigo 5º, que afirma que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, mas pela própria função do Poder Judiciário de impedir ações ou omissões contrárias à lei e pelos princípios que regem a administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, também já citados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O controle judicial de políticas públicas pode ocorrer em três momentos: na formulação, na execução e na avaliação dessas políticas. O controle da avaliação já está consolidado em nosso país, ocorrendo a partir do controle de legalidade e legitimidade de atos administrativos. O controle ganhou contornos com a Lei de Improbidade administrativa (Lei

8.429/92), além de instrumentos de repressão penal. Questão muito controversa é o controle judicial na formulação e execução de políticas públicas, pois entra no mérito da discricionariedade do administrador.

4.1 Controle judicial da formulação de políticas públicas

O processo de formulação de uma política pública envolve uma série de fatores pré-analisados pelo administrador, como a previsão de recursos, distribuição de trabalho, pessoas envolvidas, grupos atingidos, necessidades da sociedade, prioridades, entre outros.

Quando o controle ocorre no processo de formulação, age de maneira preventiva, pois, como esclarece Bucci (2002, p. 266) apud Mattos e Bassoli (2008, p. 6), nesse momento são apresentados “os pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, de mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles”.

Na perspectiva de Da Costa (2008, p. 32 a 34) o controle judicial da formulação de políticas públicas pode ocorrer em quatro hipóteses: na ausência de formulação de uma política pública, na sua insuficiência, sua ineficácia ou em sua inadequação.

No caso da ausência de uma política pública, de acordo com Da Costa (2008, p. 32), “o administrador não persegue os fins previstos não atendendo às vinculações impostas pelos direitos sociais”. Nesse caso, a interferência do Judiciário deve ser no sentido de expedir um comando para que a Administração formule uma política pública.

Nesse caso, é preciso ressaltar que o programa social tem que estar previsto na Constituição, porque se não estiver, não cabe interferência do Poder Judiciário, visto que os governos têm discricionariedade para escolher as políticas prioritárias e que mais se adequam ao seu programa de governo.

Na insuficiência de uma política pública, verifica-se, na formulação, que os recursos não serão o bastante para a realização da política. Como explica Da Costa (2008, p.32) a insuficiência pode ser pessoal ou material. A pessoal ocorre, por exemplo, quando a mão-de-obra prevista não será suficiente, e a material ocorre quando faltam objetos essenciais (equipamentos) para a promoção da política pública. O autor (2008, p. 32) ainda completa, mostrando qual seria a atitude do Poder Judiciário:

Na primeira hipótese, o juiz determina que a Administração faça novas contratações. A contratação de pessoal exige um considerável montante de

recursos financeiros, bem como gera uma significativa repercussão na folha de pagamentos do Estado. Sendo assim, a decisão deverá se pautar por um estudo de impacto orçamentário, feito mediante perícia.

Na segunda hipótese, dependendo do valor financeiro da despesa e a disponibilidade orçamentária, o juiz pode determinar a imediata aquisição (respeitados os procedimentos de licitação, se necessário).

No controle em comento existe uma ineficiência no plano da insuficiência. Os meios são adequados e eficazes, porém, não bastam. Note-se que nessas hipóteses o Judiciário coopera provocando um reforço quantitativo da política pública.

No que se refere à ineficácia, Da Costa (2008, p. 33) lança mão da mesma divisão feita na insuficiência:

(a) pessoal: falta de mão de obra qualificada (v.g. cursos de qualificação para funcionários públicos); (b) material: os objetos essenciais para a viabilização da política pública são ineficazes (v.g. ambulâncias de baixa tecnologia, leitos de hospitais sem instrumentos tecnológicos eficazes, etc).

Quando se aponta uma política pública como ineficaz significa que ela não será capaz de atingir o fim para qual foi criada. Uma mão-de-obra desqualificada ou recursos materiais inviáveis prejudicariam a futura implementação da política. Os meios escolhidos são adequados, porém ineficazes.

Da Costa (2008, p. 33) esclarece que “na hipótese de ineficácia pessoal, o juiz determina que a administração disponibilize cursos de capacitação e/ou requalificação. Na ineficácia material, o juiz determina a aquisição dos meios adequados”. Sendo assim, o papel do Judiciário é melhorar a qualidade da política pública.

Dizer que uma política pública é inadequada, na visão de Da Costa (2008, p. 33) significa que ela não atende os direitos fundamentais. O autor (2008, p. 33) reflete:

Como visto, a política pública do modo como ela esta sendo concebida nesse trabalho é um meio que visa concretizar direitos fundamentais. Destarte, existe um dever constitucional em formular políticas públicas visando essa finalidade, portanto, fora da esfera de discricionariedade do Administrador Público. Nesse diapasão, ele está vinculado constitucionalmente ao dever de formular políticas públicas, tendo em vista que, pela teoria garantista, os direitos fundamentais sociais circunscrevem a esfera do que não pode deixar de ser decidido.

Porém, o modo pelo qual a política pública será realizada, ou seja, a escolha dos adequados meios para se atingir os fins perseguidos, pertence ao campo da discricionariedade política. Sendo assim, como se justifica um controle no âmbito da adequação de uma política pública?

Breus (2006, p. 222-223) apud Da Costa (2008, p. 34) completa:

A hipótese de controle na adequação visa eliminar, dentre todos os meios disponíveis à Administração, aqueles comprovadamente inadequados para o real atendimento dos direitos fundamentais. Os direitos estão sob ameaça tendo em vista a falta de adequação dos meios escolhidos, portanto, justifica-se a tutela judicial (Art. 5º, XXXV, CRFB). A finalidade desse controle é garantir um nível razoável de atendimento dos fins perseguidos, esse nível apenas será alcançado se os meios forem adequados em relação aos fins. Esse controle é mais comum em circunstâncias extremas, onde se nota, sem muito esforço, que o Administrador, dentre uma gama de meios à sua disposição, escolheu aqueles inadequados para os objetivos da política pública.

A política do administrador não é substituída pela do juiz. O que se objetiva eliminar são os meios inadequados, cooperando para que gestor obtenha êxito no sentido de atender o interesse público.

O controle judicial da formulação das políticas públicas é muito questionado, porque estaria substituindo a vontade dos Poderes Executivo e Legislativo pela vontade do magistrado, como ressalta Appio (2005, p. 161):

O controle judicial das políticas públicas envolve a sua formulação, execução e avaliação, sendo certo que os problemas políticos surgem no tocante à primeira fase, para a qual os governos eleitos geralmente gozam de elevada margem de discricionariedade política que lhes permite definir o conteúdo e momento de execução de uma política pública.

O que se teme na atividade de controle é a substituição do administrador pela figura do juiz. As razões para que não ocorra tal substituição são várias, como acentua Appio (2005, p. 151-152):

A substituição do legislador/administrador pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira *“reserva especial de administração”*. A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da

adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escoreita execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal.

Entre a atividade de controle e a substituição da discricionariedade do gestor público pela do juiz existe uma linha tênue. Por isso o Judiciário, no exercício da sua função constitucional de controle precisa ter cautela para não ultrapassar essa linha e assumir papéis inerentes a outros Poderes, violando assim um dos fundamentos do nosso Estado, a democracia. Sendo assim, o controle da formulação de políticas públicas só deve ocorrer quando for imprescindível para o bem comum.

4.1.1 O papel da democracia participativa

A controvérsia acerca do controle judicial da formulação das políticas públicas revela a importância do papel da sociedade nesse processo. A participação democrática do cidadão em sua formulação indubitavelmente tornaria as políticas públicas mais eficientes.

Como recorda Appio (2005, p. 161) a própria Constituição Federal deixa clara a proteção da democracia participativa, em seu artigo 37, § 3º, prevendo que “*a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta*”. Bucci (2002, p. 269) apud Appio (2005, p. 161), falando da importância da participação popular, escreve:

O processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja “qualidade decisória”, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

Appio (2005, p. 163-164) descreve como ocorre o processo de formulação de políticas públicas dentro da democracia participativa:

A escolha do conteúdo das políticas públicas, bem como o momento adequado para sua efetiva implantação, passa a ser resultado de um processo

conjugado de decisão entre as instâncias formais de representação popular – as quais se constituem em indispensáveis instrumentos para a consolidação da democracia no país – e as instâncias paraestatais de representação política, através da intervenção direta de cidadãos ligados às atividades atingidas pelas medidas preconizadas. A tutela judicial da heterogeneidade dos desejos e das condutas, possibilitando que o processo seja um instrumento efetivamente vocacionado a concretizar o ideário da democracia. Trata-se de verdadeiro mecanismo de “autolegislação” o qual assegura a amplificação dos valores constitucionais de cidadania e dignidade da pessoa humana, garantindo a legitimidade da intervenção judicial.

A participação popular na formulação e implementação de políticas públicas em nosso país ainda é pequena, ao contrário da crescente participação de certas categorias da sociedade, como os empresários, que já compreenderam que isto pode trazer inúmeras vantagens, que com certeza beneficiarão apenas uma elite privilegiada.

4.2 Controle judicial da execução de políticas públicas

A Administração Pública possui discricionariedade para determinar quais políticas públicas serão executadas, bem como a melhor forma e o momento conveniente para essa execução, atendendo sempre ao mínimo exigido pela Constituição. Mas, se uma vez formulada, a política pública não é implementada ou é executada de maneira ineficaz, inadequado ou insuficiente, cabe ao Poder Judiciário agir.

O principal instrumento judicial utilizado para controlar essas políticas são as ações coletivas, em especial a ação civil pública. É o que confirma o entendimento de Bucci (2006, p. 31):

Nesse sentido, os modos de acionar o controle judicial das políticas públicas são vários. Alguns desses “mais compreensíveis” ou adequados à atuação do Poder Judiciário e outros menos.

As ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, a partir da *class actions* norte-americanas, são o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas.

Todas as espécies de ações, individuais ou coletivas, são instrumentos hábeis para provocar o controle, mas as ações coletivas, em especial a Ação Civil Pública, têm ganhado força. A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei n.º 7.347/85, possui como um dos titulares o Ministério Público, como leciona Krell (2002, p. 104):

Nessa função, o Ministério Público deve mediar conflitos surgidos na sociedade que anseia pela efetiva implementação dos direitos sociais: as ações por ele propostas exigem do Judiciário decisões que transcendem à resolução de conflitos individuais, sendo discutido também o fenômeno da “politização” do órgão. Nessa visão, a ação civil pública vem se tornando o meio processual mais importante para a juridicização de demandas coletivas pela realização de direitos assegurados pela ordem social constitucional.

Quando se fala em controle judicial da execução de políticas públicas, é importante apontar a lição de Appio. O autor (2005, p. 168) afirma que a atividade de revisão judicial deve estar embasada nos seguintes pressupostos:

1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa).

Os pressupostos levantados por Appio remetem a impossibilidade de existir um controle judicial em relação a direitos sociais previstos de forma genérica em nossa Constituição, ou mesmo no tocante aqueles não previstos. Para o autor (2005, p. 168), o Poder Judiciário não pode estabelecer, através de uma ação civil pública, “a prática de um ato privativo da Administração Pública, em observância do princípio da separação dos Poderes”.

O controle na execução de políticas públicas só é possível quando o direito social está claramente definido na Constituição, bem como a forma como esse direito deverá ser cumprido. Assim, quando o Poder Público descumprir o dever de implementar uma política pública específica, caberá ação civil pública.

A questão do acesso das crianças em creches é um exemplo. O artigo 208, IV da Constituição Federal prevê, como dever do Estado, a garantia de “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*”. Esta garantia muitas vezes não é cumprida, devendo o Poder Judiciário intervir para a efetivação do direito.

O entendimento dos Tribunais corrobora a questão:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA

NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (RE 464143 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Atendimento de crianças até cinco anos de idade em creches e pré-escolas: direito subjetivo público. Possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 554075 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009)

Quando o Judiciário realiza o controle de uma política pública deve indicar a fonte de custeio para tal. De acordo com Appio (2005, p. 170), mesmo que os valores não estejam previstos no orçamento, “a ordem judicial determinará a utilização de recursos públicos, previstos em rubrica especial, destinadas a fazer frente às despesas de natureza emergencial, consoante determina a lei de responsabilidade fiscal”. Os recursos saem da “reserva de contingência”, uma espécie de fundo de emergência previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), cuja redação do art. 5º determina:

Art. 5º. O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

I - conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1º do art. 4º;

II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;

III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (VETADO)

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos. (grifo nosso)

O controle judicial de políticas públicas não é possível apenas quando o direito social está amparado pela Constituição. Também pode ser realizado quando o direito está previsto em lei ordinária. “Nesta seara, caso a Administração Pública se negue ao cumprimento da lei estará praticando um ato ilegal, com o que se revela possível a revisão judicial da omissão,

através de uma ação civil pública, podendo o juiz determinar o cumprimento específico do programa previsto”. (APPIO, 2005, p. 171)

O controle judicial de políticas públicas vem se consolidando em nosso país. Em 2004, o Ministro Celso de Mello em julgado, refletiu sobre o tema:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A atuação judicial busca concretizar os direitos sociais à população, e atinge por via oblíqua os direitos fundamentais. Quando se garante a educação, a saúde, a moradia, conseqüentemente se assegura o direito à vida, à liberdade, efetivando assim o princípio da isonomia, garantindo assim que a “igualdade” descrita no texto constitucional seja efetiva em nossa sociedade.

4.2.1 Princípio da reserva do possível

O princípio da reserva do possível é aplicado em nosso país como “teoria da reserva do financeiramente possível”, o que significa dizer que os direitos sociais previstos só podem

ser garantidos quando a Administração Pública dispõe de recursos. O que ocorre, no entanto, é que esta prerrogativa muitas vezes é utilizada como instrumento político, onde os políticos, para conquistar votos, fazem inúmeras promessas de campanha e depois se esquivam de cumpri-las invocando a “reserva do possível”.

Appio (2005, p. 175) discute a questão, afirmando que a prática comum no Brasil “tem sido a da ampla utilização das políticas públicas como verdadeiras peças de propaganda dos governos eleitos, mas que na prática resultam em ampla frustração popular, por conta da chamada ‘reserva do possível’”. O autor (2005, p. 176) ainda completa dizendo que os governos acenam “com uma promessa que se sabe, de antemão, que não será cumprida, com o fito exclusivo de se obter benefícios eleitorais, naquilo que se convencionou chamar de ‘populismo’”.

O Ministro Celso de Mello, em 2004, em um voto, discutiu a questão da reserva do possível:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que

compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O Poder público não dispõe de recursos ilimitados, por isso deve estar atento as reais prioridades da população. Quando há um confronto entre a necessidade de realização de um direito e a carência de verbas, deve-se ponderar os interesses na busca da melhor solução. O Judiciário precisa estar atento para que a alegação de falta de recursos não seja mera desculpa para o inadimplemento das obrigações da Administração Pública.

4.2.2 Debates acerca do controle judicial de políticas públicas

A temática “controle judicial de políticas públicas” ganhou contornos recentemente em nosso país. Isso porque há pouco mais de 20 anos temos uma Constituição Democrática, que garantiu diversos direitos sociais. A carência da população tornou necessária a intervenção do Poder Judiciário, e essa intervenção causa muitas divergências em nossa sociedade.

Appio (2005, p. 36-37) se refere às divergências que a revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário causa em nosso país, afirmando que esta sofre uma crítica intensa pela sociedade e pelos membros dos outros dois Poderes, “os quais, tendo sido eleitos, sentem-se traídos pelo fato de que a legislação brasileira permite – cada vez mais – a revisão de seus atos através do sistema misto de controle de constitucionalidade.”

As maiores críticas são quanto ao fato de juízes não eleitos interferirem na esfera do Legislativo e do Executivo, ferindo assim o princípio da separação dos Poderes, mas Appio (2005, p. 150) não entende tal atividade como intromissão nas outras funções:

A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade através das instâncias de democracia participativa.

Comparato (1997, p. 19-20) apud Mattos (2005, p. 07) critica a tese ofensa a separação dos Poderes:

Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar “questões políticas”. Explica que esse entendimento negativo teve origem na Constituição de 1934 que vedava “ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68 CF/34). Mas diz que essa clássica falsa objeção de muito já está esclarecida, pois se tratava apenas de uma hermenêutica pobre, quando, na verdade, o que se queria vedar era o controle judicial sob questões “de política” (lato sensu).

Krell (2002, p. 85) apud Mattos (2005, p. 13) chama atenção para o fato da estrutura do Poder Judiciário ser relativamente inadequada para planejar ou dispor sobre políticas públicas. O autor alega que o Judiciário “carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador [administrador] a cumprir a obrigação de legislar [administrar]”.

O controle judicial de políticas públicas é defendido por Appio (2005, p. 233), que diz que este “constitui em importante instrumento para a consolidação da democracia no Brasil, pois, através do Poder Judiciário, as demandas de natureza social e econômica poderão ser problematizadas a partir de discursos ancorados na Constituição”. O autor (2005, p. 140) ainda disserta:

O controle judicial das políticas públicas no Brasil se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais. Muito embora o controle social, através das instâncias de repressão penal (polícia e Judiciário), bem como dos meios de comunicação de massa (*mass media*) produza um efeito narcotizante no tocante às expectativas sociais das populações afetadas, somente através de uma regulação estatal da sociedade é possível evitar o caos social. O baixo poder aquisitivo dos cidadãos dos países periféricos, aliado a uma sociedade fortemente voltada ao consumo, são os ingredientes básicos de contestação da legitimidade das instituições democráticas e do próprio Estado.

No mesmo sentido Pontes Filho (2003, p. 244), apud Drummont (2008, p. 22), defende:

Quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a

que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos.

Muito embora Appio defenda o controle, o autor faz uma reflexão sobre os limites dessa atividade. À luz da concepção substancial de Dworkin sobre democracia, ele conclui que “o processo de formulação de políticas públicas é uma questão sensível à eleição, o que se converte e um importante argumento da presente tese em favor de uma limitação da atividade judicial. (Appio, 2005, p. 37)

Machado (2009, p. 40) disserta:

A aceitação de que um Tribunal composto por membros não eleitos democraticamente, possa confirmar ou mesmo alterar as decisões de representantes eleitos democraticamente, depende do respeito à Constituição, com seus princípios e regras, que impõe os limites substantivos à decisão política proferida pela Corte.

Appio (2005, p. 153-154) ensina que apesar da regulação constitucional dos direitos sociais em nosso país ser “sintomática de sua escassez histórica”, não pode existir um controle ilimitado porque tanto o juiz como o legislador estão vinculados diretamente à Constituição. O autor (2005, p. 76) ainda pondera:

Entre a ausência completa de limitação à atividade judicial e a supressão de qualquer margem de intervenção do Poder Judiciário, por conta de uma dogmática restritiva, existe um enorme espaço ainda não preenchido pela doutrina nacional. Os dois extremos do debate são conhecidos. Os defensores de um ativismo judiciário sustentam que a atual relação entre os Poderes da República deve ser redimensionada, a partir da insubsistência da democracia do tipo representativo, do que resulta o Judiciário como um superpoder. No outro lado, os legalistas defendem que os juízes devem obediência à lei estrita, pois a maleabilidade dos valores e princípios constitucionais pelos juízes permite a manipulação ideológica do próprio conteúdo da Constituição.

Appio (2005, p. 156) alerta quais seriam as conseqüências de uma atividade judicial sem controle, a livre arbítrio do juiz:

A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redesignação de verbas para obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-o num “superpoder”.

Este postulado implicaria grave ofensa à democracia, pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verdadeira *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Esta postura conduz a uma superposição de esferas, critérios e lógicas decisórias, a uma erosão de valores precípuos de cada um dos Poderes da República e a uma sobrecarga no *policy making* do país. A tensão institucional e a assim chamada “crise de governabilidade” são as consequências mais visíveis desta “desdiferenciação” de papéis

Os limites desta intervenção, no caso brasileiro, como nos leciona Appio (2005, p. 81) já foram definidos através da jurisprudência do Supremo Tribunal. O autor cita a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458-DF (relator Ministro Celso de Mello), que fixou o entendimento de que nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão não incumbe ao Poder Judiciário substituir a atividade normativa do legislador.

O Supremo Tribunal Federal tem manifestado posição favorável ao controle judicial de políticas públicas. É o que mostra decisões recentes do Egrégio Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CF/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 367432, Relator: Min. EROS GRAU)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]”.

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 603575, Relator: Min. EROS GRAU)

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (RE 464143, Relatora: Min. ELLEN GRACIE)

O controle judicial das políticas públicas ainda ocasionará muitos debates. O que precisa ser definido são limites claros para que este controle não dê margem para que os outros Poderes da República se sintam legítimos para interferir uns nos outros, o que com certeza seria uma ofensa aos princípios e fundamentos definidos em nossa Constituição. Mesmo o interesse público não pode ser fundamento para ações desenfreadas. A efetivação de um Estado Democrático e Constitucional de Direito foi tão árdua que cabe aos Poderes e à população agirem juntos para preservar essa conquista.

CONCLUSÃO

Refletindo todas as questões discutidas neste trabalho, tem-se a ponderar vários aspectos acerca de toda essa estrutura que envolve os Poderes Executivo e Judiciário e as políticas públicas.

O Poder Judiciário possui várias funções. Uma delas é resolver lides individuais levadas ao seu conhecimento, aplicando assim a letra abstrata da lei ao caso concreto. Essa é sua função primacial, existente desde o nascimento do Direito nas sociedades mais antigas. Possui o dever de proteger os direitos fundamentais dispostos em nossa Constituição e garantir o Estado Democrático e Constitucional de Direito, além disso, é responsável pela sua auto-administração.

A atribuição fundamental do Poder Judiciário para esta pesquisa, no entanto, é a que exige dele o controle os demais Poderes da República. Nesta tarefa ele estará também garantindo nosso Estado Constitucional de Direito e protegendo os direitos fundamentais, visto que atuará no sentido de impedir que permaneçam no mundo jurídico atos ilegais, em desacordo com os preceitos constitucionais e que lesem direitos fundamentais do cidadão. Atuará também no sentido de verificar omissões do Poder Público, sempre é claro em consonância com os princípios estabelecidos pela Constituição.

A atividade de controle do Poder Judiciário recai também sobre as políticas públicas. As políticas públicas são um conjunto de ações planejadas pelo Poder Público com o objetivo de implementar direitos sociais previstos na Carta Magna, como a educação, saúde, moradia. São fundamentais na medida em que levam, principalmente para as camadas menos favorecidas da sociedade, a condição de ter acesso, por exemplo, a creches, ao ensino fundamental, a remédios caros imprescindíveis ao tratamento de doenças graves, entre outros meios de assistência.

O processo de elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas fica a cargo do Poder Público, mas a participação da sociedade é fundamental, porque a parceria da sociedade com a Administração fará com que o interesse público seja alcançado de forma mais eficaz. A Constituição, inclusive, traz em seu bojo diversos instrumentos para que a sociedade participe das políticas públicas.

A tarefa de promover políticas públicas cabe principalmente ao Poder Executivo. Este, valendo-se poder discricionário, faz um estudo para planejar essas políticas, estabelece

prioridades, executa e avalia. Porém, deve agir sempre dentro da margem estabelecida pela lei, usando critérios baseados na proporcionalidade e razoabilidade.

O controle judicial de políticas públicas gera grandes discussões em nosso país. O controle da avaliação dessas políticas já está consolidado, por essa razão não causa polêmicas. O problema surge quando envolve a formulação (ou ausência de formulação) de uma política, ou a sua execução das políticas.

Quando o controle ocorre no processo de formulação causa grandes controvérsias porque atinge diretamente a discricionariedade do administrador. Este é que decide todos os recursos, materiais e humanos, que serão utilizados na política. O Judiciário aparece quando esses recursos são ineficazes ou inadequados, exigindo uma atitude da Administração Pública para sanar os defeitos.

É na ausência de formulação que o problema se agrava, porque o Poder Judiciário não poder exigir da Administração Pública a formulação de uma política pública baseado em um direito genérico previsto na Constituição. Ao tomar essa atitude invade o campo de discricionariedade do administrador, que pode estabelecer as prioridades para formulação de políticas, bem como modo e o melhor momento para realizá-las, dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Essa interferência do Poder Judiciário também pode ser exercida quando da execução de uma política pública, caso não estejam sendo utilizados os meios adequados ou não se atinja os fins estabelecidos por essa política. Nesse sentido, o principal instrumento utilizado é a Ação Civil Pública.

O controle judicial, como sugerem as críticas, não fere o princípio da separação dos Poderes, porque ao exercê-lo, o Poder Judiciário cumpre suas funções de controle dos demais Poderes e garantia dos direitos fundamentais, atingindo os objetivos do nosso Estado previstos em nossa Constituição. Além do mais, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição, e esta, além de garantir uma série de direitos à sociedade, preceitua que a Administração Pública obedecerá, entre outros, os princípios da legalidade, moralidade e eficiência. Portanto, incube ao Judiciário verificar se tais princípios estão sendo observados.

O tema tem sido cada vez mais corroborado pelos nossos Tribunais, objetivando uma melhoria gradual e definitiva dos serviços públicos. Mas os Tribunais também têm definido limites para essa atuação do Poder Judiciário, no sentido de preservar a discricionariedade do administrador, respeitando o juízo de conveniência e oportunidade deste. Mas o interesse público deve sempre ser observado.

Quando exercido dentro dos limites, o controle judicial de políticas públicas não afrontará o Poder Executivo ou até mesmo o Poder Legislativo no uso de sua discricionariedade, será apenas um meio para se alcançar a justiça social, e respeito ao princípio constitucional de “não afastabilidade de lesão ou ameaça a direito”.

Na atual concepção de Separação dos Poderes, é fundamental que estes ajam em uma cooperação e controle mútuo, como sugere a “harmonia” do preceito constitucional que estabelece os três Poderes. Não é só o Poder Judiciário que interfere nos demais poderes, o Poder Legislativo também desempenha funções de controle e julgamento do Executivo, assim como o Poder Executivo interfere nas outras esferas do Poder, como quando escolhe os membros do STF, corte máxima do Poder Judiciário. Toda esta interação entre os Poderes é essencial para a consolidação de uma democracia plena.

O Poder Judiciário não poderá sozinho mudar a realidade brasileira. Por isso devemos caminhar para um novo modelo de Administração Pública, distanciando-se da tutela e modificando os mecanismos de coerção, partindo para as relações sociais e utilizando a orientação, persuasão, ajuda mútua entre Estado e sociedade.

Vale reforçar que o nosso ordenamento jurídico traz inúmeros instrumentos que visam aumentar a participação da sociedade na política nacional, porém eles ainda são pouco utilizados, apesar de toda a sua importância. A atuação popular dota a atividade administrativa de mais legitimidade e eficiência, pois permite um contato maior com as necessidades sociais, podendo assim adotar métodos ou soluções que partam da sociedade, personagem principal neste “teatro”, tornando a tentativa de efetivação dos direitos sociais mais eficaz. Assim, conseqüentemente, também se garante a plena realização dos direitos individuais, pois sem a moradia, sem a saúde, sem o trabalho ou sem a educação não há como se falar em vida, em liberdade, em igualdade.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 200º, alterado pela Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 de maio de 2010.
- BRASIL. Lei n. 10.172 de 9 de janeiro de 2002. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de março de 2010.
- BRASIL. Lei n. 11.096 de 13 de janeiro de 1995. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de março de 2010.
- BRASIL. Normas Operacionais Básicas de Saúde. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/>>. Acesso em: 24 de março de 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). **Políticas Públicas-** Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CADEMARTORI. Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa No Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública** (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). IN MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Maurício Mesurini da. **Controle judicial de políticas públicas**: procedimento, justificação e responsabilidade. Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/>>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

CUNHA, José Ricardo. **Direitos Humanos e Justiciabilidade**: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, número 3, Ano 2. São Paulo, 2005.

DALLARI, Silvio de Abreu. **Elementos da teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DERANI, Cristiane. “Política Pública e norma política”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 367432**. Rel. Min. Eros Grau. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 464143**. Rel. Min. Ellen Gracie. Distrito Federal: 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 554075**. Rel. Min. Carmem Lúcia. Distrito Federal: 30 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 603575**. Rel. Min. Eros Grau. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - RTJ 175/1212-1213**. Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal: 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - RTJ 185/794-796**. Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal: 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 de agosto de 2010.

DRUMMOND, Leticia Barbosa. **O controle judicial das políticas públicas e o princípio da reserva do possível**. Minas Gerais, 2008. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/>>. Acesso em: 23 de agosto de 2010.

FACHIN, Zulmar Fachin. **Funções do Poder Judiciário da sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais**. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/>>. Acesso em: 12 de maio de 2010.

GIOVANNI, Geraldo Di. **As estruturas elementares das políticas públicas**. Campinas, 2009. Disponível em: <www.nepp.unicamp.br>. Acesso em: 20 de março de 2010.

GONÇALVES, Alcindo. “Políticas públicas e a ciência política”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação Dos Poderes? O Poder Executivo e a Tripartição de Poderes no Brasil**. 2007. Disponível em: <<http://www.portelaadvocacia.com.br/>>. Acesso em 25 de março de 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. In: Âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>. Acesso em: 29 de maio de 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Edinilson Donisete Machado. **Gramática dos Direitos Fundamentais – A Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. “Dimensão Jurídica das Políticas Públicas”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTOS, Nahiane Ramalho de. **Controle Judicial da Execução de Política públicas**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

OMMATI, Ricardo Emílio Medaur. **Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

PEREZ, Marcus Augusto. “A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIANA, Luiz Vernek. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.