

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 2 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2015 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Promoción:



Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL



PONTIFICIA
UNIVERSIDADE
CATOLICA DO PARANÁ



UNIVERSIDADE DA
CORUÑA



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE ROSARIO



UNIVERSIDADE DE
SANTA CRUZ DO SUL



UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL SIGLO 21



INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU F. BACELLAR



UNIVERSIDAD DE
HUELVA



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL COMAHUE



FACULDADES
INTEGRADAS
DO BRASIL



UNIVERSITÀ
COMMERCIALE
LUIGI BOCCONI



ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD



UNIVERSITÀ LUM
JEAN MONNET



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador

On the possible judicial control of public policies: a view from the conformation field of the legislator and the public agent

CAROLINE MULLER BITENCOURT**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
caroline.mb@terra.com.br

Recibido el/Received: 24.05.2015 / May 24th, 2015

Aprobado el/Approved: 22.06.2015 / June 22nd, 2015

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o controle judicial de políticas públicas, no que toca a possibilidade em se tratando de controle da decisão legislativa e da decisão administrativa, de forma que se crê tratar-se de campos diferenciados de conformação. Tem como problema: Há limites diferenciados para o controle judicial em se tratando do campo de conformação do legislador e do administrador? Para enfrentar tal problemática, o artigo primeiramente tratará da insuficiência do debate controlar ou não controlar uma política pública, para a posteriori tratar do campo de atuação legislativa e administrativa em matéria de política pública. Conclui-se que sempre que se fala em controle de políticas públicas está se tratando de controle normativo ou de controle discricionário, logo, dependendo de quem (ou qual função) pratica o ato, acionará diferentes limites de atuação jurisdicional.

Palavras-chave: controle judicial; conformação administrativa; conformação legislativa; limites; políticas públicas.

ABSTRACT

The subject of this study is the judicial control of public politics, as refers to the possibility of control of the decision legislative and of the administrative decision, believing are different conformation fields. The problem is: There are different limits for judicial control as refers to the legislative and administrative conformation field? To address this problems, the study will speak firstly about the insufficiency of the debate to control or not control a public politic, and after will discuss about the operation field legislative and administrative for public politic. We conclude that when it comes to control public politic is dealing with regulatory control or discretionary control, so depending on who (or which function) practices the act, will trigger different limits of jurisdictional action.

Keywords: judicial control; administrative conformation; legislative conformation; limits; public politic.

Como citar este artículo | How to cite this article: BITENCOURT, Caroline Muller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 143-166, jul./dic. 2015. DOI: www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5168

* Professora de Teoria do Direito do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade de Passo Fundo. Professora da graduação e da pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do grupo de pesquisa, “Controle social e administrativo de políticas públicas: da teoria aos mecanismos de controle da função pública”, vinculado ao CNPq. Advogada.



SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A insuficiência do debate: controlar ou não controlar políticas públicas? **3.** Do campo de conformação do Legislador; **4.** Do campo de conformação do Administrador; **5.** Considerações finais; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico centra-se na investigação sobre os elementos e os tipos de controle que incidem nos diferentes momentos das decisões que formam a política pública, seria importante demonstrar as diferentes formas de se observar quando for uma opção ligada ao Legislativo e quando for uma opção ligada ao Poder Executivo, lembrando-se que o espaço de conformação do Legislador em tese é mais amplo que o espaço do Executivo, haja vista que este último tem como fio condutor dos seus atos a ideia de vinculação e discricionariedade. Portanto, quer se enfrentar o seguinte problema: qual será o limite da discricionariedade administrativa em termos de constitucionalismo contemporâneo, ou dito de outra forma: o quanto é vinculada a discricionariedade administrativa? Sim, pois isso tem uma importante implicação: quanto mais foi vinculada a atividade administrativa, maior será o espaço da atuação jurisdicional, e o inverso também é verdadeiro.

Assim sendo, desde já ressalte-se que aqui se quer apontar os momentos em que incidirá o controle jurisdicional em termos de políticas públicas e, para isso, é inevitável que se aponte no mínimo duas formas de controle: um controle de ordem normativa, pois se refere ao conteúdo da lei em si que cria e implementa a política pública e, outro, de ordem discricionária, acerca do espaço que possui o Administrador para escolher discricionariamente ou vinculativamente os meios de execução, destacando-se quais são os grandes princípios ou nortes orientadores da atividade administrativa. Em cada um deles, vai se discutir qual o campo de interferência judicial no controle de políticas públicas.

2. A INSUFICIÊNCIA DO DEBATE: CONTROLAR OU NÃO CONTROLAR POLÍTICAS PÚBLICAS?

A doutrina brasileira tem gasto um bom tempo e uma boa quantidade de produção acadêmica neste vago debate se cabe ou não controle de política pública por parte do Poder Judiciário, especialmente sobre os limites desse controle. Sob tal aspecto este trabalho assume de certa forma uma posição um tanto divergente, por defender que nada diz o debate em abstrato de defender uma posição “mais interventiva” ou “menos do Judiciário” nas políticas públicas. Isso porque a temática é tão ampla, que se pode discursar favoravelmente ao controle judicial dos atos discricionários do poder Executivo em termos de políticas públicas e ter uma posição contrária ao controle judicial de



políticas públicas quando se tratar de omissão legislativa ou executiva, por exemplo, sem, contudo, cair em contradição. Tal afirmativa é possível, haja vista que tantos serão os momentos distintos de apreciação dos atos, das decisões do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que um só posicionamento a todas as possibilidades de observação que se apresentem beira a ingenuidade. A rigor, é importante deixar claro que não há uma única fórmula universal para se analisar o controle jurisdicional de políticas públicas, isto é, não existe “um” ou “o” controle jurisdicional de políticas públicas. E, ainda que houvesse, a controvérsia acerca dos limites do controle permaneceria.

No mínimo, é necessário compreender os momentos: 1) Uma ação ou uma omissão Legislativa ou Executiva; 2) quando se está no processo de escolha do tema, elaboração, quando se está deliberando sobre a escolha de qual política pública se quer; 3) quando se está a analisar qual será a finalidade, as metas, a motivação, a escolha dos agentes da política pública, ou seja, os instrumentos para sua realização; 4) a análise dos resultados de uma política pública, logo, um controle posterior a sua implementação.

Não se discorda dos tantos elementos favoráveis e contrários aos que defendem ou não o controle judicial das políticas públicas, mas os argumentos não são suficientes para sanar o problema e determinar a conduta autorizada ou a conduta vedada em termos de controle judicial, ou seja, não se trabalham os reais limites e possibilidades de controle de políticas públicas em consonância com as tantas decisões coordenadas que compõe um todo orgânico, que daí sim, forma o que se costuma chamar de política pública. Para demonstrar tais afirmativas, vale analisar algumas opiniões doutrinárias.

Zufelato ao se perguntar se cabe ao Judiciário o controle, por meio de intervenção processual, ao Executivo e ao Legislativo o que se relaciona às suas ações ou omissões sobre as políticas públicas? Explica que, principalmente, os argumentos opostos à judicialização das políticas públicas têm concentração nos seguintes aspectos: “i) a violação à teoria da separação dos poderes estatais, ii) o dogma da discricionariedade administrativa e iii) a reserva do possível”. Para o autor, valer-se desses argumentos para obstaculizar o controle judicial é incompatível com os propósitos do Estado brasileiro e com a necessidade premente de judicialização dos conflitos sobre direitos fundamentais, pois tais demandas costumam ser consequência justamente da não implementação de políticas públicas. O conteúdo das políticas públicas traduz a noção de direitos sociais e de solidariedade, “como o direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao meio ambiente sadio, dentre outros”, e estes são passíveis de apreciação judicial caso forem violados. Também, a obrigação da execução de outros direitos fundamentais, tanto aqueles realizados através de políticas públicas ou não, é dever de todos os poderes do Estado¹.

¹ ZUFELATO, Camila. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 310-311.



Sob o pensamento supra, quanto aos dois primeiros limites apontados pela autora como os óbices levantados pela doutrina, já se discutiu que não são verdadeiros obstáculos, haja vista a nova forma de compreensão da própria função do controle como garantia no constitucionalismo contemporâneo, bem como a própria transformação da teoria da separação de poderes. Já, a discricionariedade, até mesmo o mérito administrativo segundo a teoria brasileira é passível de controle em caso de desproporcionalidade em relação aos demais preceitos e princípios constitucionais que conduzem a atividade administrativa (como será demonstrado no próximo tópico). Quanto à reserva do possível, já também detectou-se o problema referente às diferentes formas dessa teoria no ordenamento brasileiro, conquanto, em se tratando de políticas públicas, entende-se ser mais conveniente tratar como limites orçamentários destinados à realização de política pública. Outra defesa é levantada por Appio ao entender que três serão os limites do controle jurisdicional referentes às políticas públicas, ou seja, nesses três casos o controle jurisdicional estaria autorizado: "(i) a própria previsão legal ou constitucional de política; (ii) a inexecução desta política pública pela Administração e (iii) a violação do princípio da isonomia durante a implantação de determinada política pública". O autor fala dessa possibilidade de intervenção do Judiciário em relação ao controle do poder político com limites na Constituição Federal².

Note-se que tal citação também não nos diz muito, uma vez que em termos de previsão constitucional sabe-se que a tratativa do tema não é uniforme e na maioria reserva-se a atuação infraconstitucional e a própria omissão administrativa e legislativa só acontece na medida em que há um dever-poder imposto constitucionalmente. Logo, algumas matérias como educação e saúde são claramente identificáveis (muito embora não se diga o quanto e como estão os poderes obrigados) e noutras matérias não, como é o caso do direito a moradia, por exemplo. Sem falar ainda, que não são apenas direitos sociais que as políticas públicas concretizam; pode-se ter políticas públicas relacionadas à realização de direitos individuais, proteção ambiental, dentre outros.

Quanto à violação da isonomia, qualquer conduta que desconsidere tratamento constitucional equitativo aos seus pares, seja relacionado à política pública, seja destinando medida normativa ou instituindo uma tributação, por exemplo, sempre se estará sujeito a controle judicial por afrontar a isonomia constitucional. A rigor, tal controle não é novidade e não é algo que se relaciona à política pública em si; trata-se, portanto, da violação de um direito fundamental, eivada, em última análise, de inconstitucionalidade, o que invalida o ato. Nesse sentido, assim como o exercício de um direito fundamental não autoriza a violação de direito fundamental de outrem, com muito menos

² MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 408.



razão poder-se-ia conceber a possibilidade de violação de um direito fundamental em nome do exercício da “discricionariedade” administrativa.

Maia já buscando uma apreciação mais crítica em razão das inúmeras decisões que envolvem uma política pública, em geral, é impossível controlar todas as formas que tenham condão de autorizar determinada atuação do agente estatal, visando ao alcance do fim desejado, o que acontece especialmente no aspecto das políticas públicas. Noutros casos, o próprio objetivo da norma é visto por meio de conceitos indeterminados, ficando certa liberdade ao Administrador, tanto sobre a prática ou não do ato frente a um caso concreto, quanto pelo momento ideal para fazê-lo, e ainda, em relação à forma que irá revestir o ato³.

Quando a norma jurídica prevê, de forma vinculada, o único comportamento em face de uma situação definida por parâmetros objetivos, não há quem duvide que seja necessário um ótimo comportamento, em que seja possível pré-definir a conduta apropriada para o atendimento do interesse que se buscou tutelar. Neste sentido, não é certo presumir que quando a lei normatiza alguma situação em que acontece a discricionariedade, “ela teria aberto mão desse propósito”. Assim, observe-se que a lei o fez não só frente à impossibilidade da regulação de alguma situação de maneira mais objetiva, vinculada; mas pelo propósito que só poderia ser alcançado com certa liberdade do agente estatal, visando ao comportamento ideal. Entende que todas as possibilidades precisam guardar fundamentação na intimidade do sistema, a fim de impedir “dois fenômenos simétricos igualmente nocivos”: a vinculação separada da subordinação a outros princípios, além da estrita legalidade e a discricionariedade propensa a dar costas à vinculação ao sistema, propagando a própria racionalidade do ordenamento por meio da arbitrariedade interdita. Quando a atuação da administração for mais longe que a finalidade legal, reunindo os princípios fundamentais e o dever de boa administração – logo, o Poder Judiciário quando provocado está chamado a intervir. Com isso, os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa são a arbitrariedade por ação e a arbitrariedade por omissão⁴.

Logo, tem-se aqui uma possibilidade de intervenção já pacificada, pois sempre se reconheceu a possibilidade de intervenção e de anulação do ato em face de manifesta ilegalidade.

Barcellos, buscando sistematizar o pensamento das críticas recorrentes ao controle jurisdicional de políticas públicas, examina a crítica basicamente a dividindo em três diferentes categorias: 1) a crítica da teoria da Constituição; 2) a crítica filosófica; e a 3) crítica operacional. Diga-se que entende a autora que nenhuma delas deve ser

³ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 101-102.

⁴ DANIEL, Juliana Maia. *Idem*. p. 103-107.



desconsiderada, especialmente pelo fato de não poder se deixar levar pelo discurso emocionado de realização dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana⁵.

Quanto à primeira, basicamente, assenta-se na questão que envolve a legitimidade dos juízes em decidir sobre questões políticas, na crítica quanto ao fato de que o Judiciário teria mais comprometimento com a realização dos direitos fundamentais do que os poderes eleitos pelo povo, ou mesmo que a conduta mais pró-ativa do Judiciário acabaria por usurpar uma função que não lhe é devida. Quanto ao conteúdo, entende a autora resumidamente que: a) a Constituição estabelece fins a serem concretizados, especialmente em se tratando de direitos fundamentais; b) a política pública constitui o meio de realizar esses direitos de forma abrangente; c) as políticas públicas envolvem gasto de valores públicos. Concluindo, então, a Constituição vincula as matérias em termos de gastos públicos em relação às escolhas em termos de gastos públicos⁶. Disso, a crítica que pode ser feita é: a Constituição normalmente não fixa os meios, e, é aí que normalmente reside o maior espaço para a discricionariedade administrativa.

A segunda crítica que é a crítica filosófica inicia com o questionamento se as decisões de juristas e juízes seriam melhores – em matéria de políticas públicas – do que aquelas proferidas pelos agentes públicos competentes para a execução da função. É uma questão de legitimidade essencial, além da legitimidade democrática dos magistrados. Isso levaria a uma ideia de aristocracia governante ou “dos reis-filosóficos”, não violaria o fundamento básico dos Estados Republicanos⁷. Disso, entende-se que não importa quais decisões seriam melhores – isto poderia até ser refletido como pano de fundo, visando a alguma alteração no sistema – mas sim se o sistema permite a atuação do Judiciário ou não, independentemente de ela ser melhor do que a dos demais Poderes ou não. Assim, não se trata apenas do que é “bom”, mas sim do que é “permitido” em termos de regras do jogo, de Estado de Direito, independente do próprio conteúdo da decisão.

A última e terceira crítica refere-se à questão operacional de realização constitucional, que pode ser compreendida como discussões que envolvam a questão da micro e macro justiça. Consoante com a questão de micro e macro justiça diz-se que quando o magistrado fica preocupado com a solução de casos concretos ocorre a microjustiça, enquanto chamamos de macrojustiça aquela ocorrida na fatal ignorância das necessidades importantes e da imposição inexorável do gerenciamento de recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas por parte do juiz. Analisando a crítica

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105-106.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*. p. 105-107.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* 2010. p. 111.



operacional, Barcellos questiona-se sobre qual seria a consequência no controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas, se elas inviabilizariam tal controle e se restringiriam de algum modo. O saneamento dessas dúvidas depende – e varia – a partir de dois elementos: objeto a ser juridicamente controlado e modalidade do controle que se busca implantar. O controle de políticas públicas sobre direitos fundamentais pode ter variação em face de dois elementos. O primeiro caracteriza-se pelo objeto a ser controlado - qual conduta ou bem exigido, de quem e sob que fundamento. O segundo faz referência ao ambiente processual que a discussão será colocada e, por conseguinte, os efeitos objetivos e subjetivos de prováveis decisões, o que chamamos de modalidade de controle, incidindo sobre diferentes ações processuais⁸.

Nessa abordagem, note-se que, ao menos, acontece uma separação de planos sobre as diferentes implicações do controle de políticas públicas, muito embora não chegue a traçar seus limites.

Para Zanetti, advogando uma posição mais restritiva da atuação judicial, o controle da sindicabilidade judicial das políticas públicas requer a identificação de uma “disfunção política”, ou seja, uma contrariedade à lei, e não simplesmente uma “má escolha” da administração ou do Legislativo, quer seja, uma mudança do interesse público, uma fuga do dever-poder que fica na base do plexo de competências, permitindo aos órgãos estatais como representantes da população do país e do projeto constitucional de sociedade. Entretanto, se as decisões judiciais forem tão falíveis iguais às dos demais poderes, a intervenção não estará permitida, de forma a conduzir a atuação judicial para o subjetivismo e ao decisionismo, características dos Estados autoritários. Com isso, a ideia atual do Estado Democrático Constitucional daria espaço a um modelo de implementação judicial de solução de problemas, em que toda a tarefa do Estado estaria relacionada ao Poder Judiciário. Mesmo que houvesse uma superestrutura judiciária, seria inútil idealizar a elevação de todas as tarefas do Estado pelo poder judicial⁹.

Contudo, o problema ainda segue: diante da não-atuação ou da falha dos demais poderes, quais os limites de sua atuação? Este continua sendo o ponto não respondido pela doutrina ora analisada.

Em abordagem mais crítica quanto à possibilidade, em relação à responsabilidade de intervenção judicial nas escolhas públicas, Valle entende que o espaço destinado ao Judiciário, logo, ao controle, é o de exigir o cumprimento do dever primário de formulação de uma política pública, bem como fiscalizar, através de mecanismos institucionais próprios e democráticos, ressaltando que o desejo de Constituição é ainda o de que essas escolhas se deem a partir de mecanismos deliberativos, ou seja, a atuação do

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*. p. 116.

⁹ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 47.



Judiciário seria somente no sentido de garantir a realização da política pública, de exigi-la, segundo esta autora. Interessante é a importância que ele atribui ao meio dessas escolhas, no sentido de dever ser democrática, pois para a autora mesmo uma atuação substitutiva bem intencionada, mas não democrática, não é capaz de restaurar a normalidade constitucional¹⁰. Em suas palavras:

“Essa conclusão se extrai não só do próprio Texto Constitucional fundamental – que remetendo à ação concertada do poder, a eleição de quais sejam as ações próprias à concretização de suas opções valorativas – mas também da compreensão que a política pública não se traduz em uma só ação governamental, mas em um conjunto de frentes de atuação, intencionalmente coerentes, que se retroalimentam, operando para a realização de um objetivo. Se assim o é, o controle, especialmente no campo do agir que tenha em conta alcançar a uma coletividade – não pode reivindicar para si uma aptidão para uma ação substitutiva daquela instância de poder que é revestida, inclusive de arquitetura constitucional própria à formulação das escolhas democráticas de prioridade; e mais ainda, que mantém maior proximidade com o complexo de informações e relações que hão de cunhar essas mesmas políticas públicas”¹¹.

Essas posições são suficientes para demonstrar a “abstração” doutrinária acerca do tema, porque, em geral, não distinguem políticas públicas dos direitos sociais; depois, tratam de políticas públicas como se fossem apenas um ramo da administração pública, esquecendo-se que, na maioria das vezes, as políticas públicas necessitam de lei para determinar seu custo, os agentes, criando os programas e determinando como e por quem serão realizadas. Ademais, pouco se refere a qual o momento de atuação judicial em se tratando do tipo de decisão, ficando obscuro o que é possível e o quanto é possível o controle em cada ação. Esse é o motivo que, no primeiro momento, tratar-se-á do possível controle da política pública em relação à escolha do tema, ou seja, a eleição do direito a ser realizado.

Inicia-se tal tarefa diferenciando-se os campos de atuação em termos de políticas públicas do Legislador e do Administrador.

Ainda em termos preliminares, cabe apenas distinguir a liberdade de conformação constitucional em relação ao Legislador e em relação ao Administrador¹² em se

¹⁰ VALLE, Vanice Regia Lírio do. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 66.

¹¹ VALLE, 2009. *Idem*. p. 67.

¹² É necessário destacar uma profunda lacuna teórico-doutrinária relacionada a uma investigação mais profunda na tratativa de como lidar com omissões legislativas quando decorrem de distintos poderes. Logo, se observado pelo campo da ação, temos um ato Legislativo ou um ato administrativo, por outro lado, pensado pelo campo do poder (iniciativa) ter-se-á ou uma atuação legislativa ou atuação administrativa. Exemplificando o exposto, é o caso da função atípica do Poder Executivo na iniciativa do projeto de Lei orçamentária. Isto posto, a omissão no envio do projeto de lei ao Poder Legislativo, configuraria uma omissão. A questão é: existem diferenças



tratando de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, no tocante à discricionariedade legislativa: “[...] não deixa de ser uma discricionariedade diversa da administrativa, mais ampla, mais profunda, haja vista lidar não com a constituição de preceitos individuais e concretos, mas, sim, com a de preceitos genéricos e abstratos¹³”. É de certa forma o raciocínio já desenvolvido no terceiro capítulo, que quando o Poder Legislativo toma suas decisões, inúmeras alternativas podem estar postas; já em relação ao Administrador, em tese, as alternativas foram produzidas ou delimitadas pela própria lei. E, quando não o forem, defendeu-se a ideia de aí valer-se de uma abertura à produção de alternativas democráticas, o que ocorre em um modelo de gestão pública compartilhada.

Por não ser o objeto central deste trabalho, não cabe aqui fazer uma discussão histórica das origens e da função da vinculação/discricionariedade¹⁴, importa apenas o fato de que surge como uma função de impor limites através do controle do poder do Monarca já no Estado de Direito, haja vista os abusos e arbitrariedades cometidos durante o período do Estado Absolutista e, é claro, que, como toda teoria, com o passar dos tempos, vem ganhando novas leituras na função de adequar-se às transformações sociais. Assim, para se trabalhar o âmbito da aplicação dos conceitos de vinculação e discricionariedade, diga-se que a margem de liberdade de ação de um agente estatal perante as normas do ordenamento jurídico pode ocorrer no âmbito de qualquer das clássicas funções do Estado: 1) maior ou menor liberdade do Legislador Ordinário perante a Constituição; 2) maior ou menor liberdade do juiz perante a Constituição e as leis; e 3) maior ou menor liberdade da Administração perante a Constituição e as leis.

No âmbito da vinculação e discricionariedade do Poder Legislativo, pode-se pensar no âmbito de conformação da lei, especialmente em se tratando de realização Constitucional que lhe impõe poderes – deveres. No caso específico dos agentes administrativos, a liberdade do Administrador perante a lei pode ocorrer tanto quando ele exerce a função de editar normas de execução da lei (decretos regulamentares, instruções, portarias, resoluções), bem como quando ele edita atos administrativos individuais e concretos baseados em lei (desapropriação, autorização de uso de bem público por particular, escolha de uma determinada sanção administrativa dentre as legalmente cabíveis).

práticas na omissão do Poder Executivo e na omissão do Poder Legislativo em relação ao seu controle? Ainda, quando da decisão judicial como o Poder Judiciário deve atuar diante dessas distintas omissões? Não há fôlego aqui para fazer um enfrentamento destas questões, contudo, no decorrer do trabalho quando se discutir os limites e possibilidades de atuação judicial em relação às omissões, estas questões serão debatidas nas suas consequências práticas.

¹³ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-32.

¹⁴ Para uma leitura do tema: AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2, p. 73-94.



3. DO CAMPO DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR

Acerca da conformação do Legislador, importa dizer que por mais amplo que se deseje o espaço para a criatividade legislativa, no paradigma do Estado Democrático de Direito, este não é ilimitado. Isso, pois, uma das características centrais de novo paradigma é a própria relevância assumida pelos direitos fundamentais como condicionantes dos deveres Estatais, defendido por doutrina como a tão debatida teoria “Constituição dirigente e vinculação do Legislador”¹⁵, a qual vem justamente defender a vinculação do Legislador a imposições constitucionais derivadas de normas programáticas e mesmo da condição de aplicabilidade direta¹⁶ das normas conformadoras de direitos fundamentais e até mesmo em função da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O que resulta em certa medida uma imposição de legislar cuja inércia poderá resultar em uma inconstitucionalidade por omissão legislativa, muito embora não necessariamente, pois a Constituição é clara, em determinados momentos, em apenas facultar ao Legislador determinada ação, a seu critério, não havendo, portanto, um dever de agir e não se podendo configurar, por sua vez, uma omissão no sentido estrito da palavra.

Nesse sentido é que Canotilho¹⁷ entende que o problema maior em relação à Constituição brasileira não está propriamente no reconhecimento da aplicabilidade imediata, mas sim no alargamento dessa vinculação especialmente falando em abranger indiscriminadamente os direitos fundamentais sociais consagrados no mesmo Título, mas em diferente Capítulo (dos direitos sociais) da Constituição brasileira.

Esse debate assume importância na discussão no controle das políticas públicas em relação à atuação do Legislador na sua conformação através de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais. E aqui entende-se haver uma diferença fulcral: uma coisa é dizer que o Legislador está vinculado a certa medida aos comandos Constitucionais em especial tratando-se do dirigismo constitucional, outra, é acreditar que isso é absolutamente condicionante; importa dizer que essa conformação em relação a forma de realização desses direitos é bastante ampla e, mais, existe uma salutar diferença no

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

¹⁶ Para esclarecer confusões geradas acerca de sua própria doutrina, vale o esclarecimento nos dizeres de Canotilho: “Uma incompreensão teórica relacionada com a Constituição dirigente é suscitada pela expressão “diretamente aplicável” oriunda da Constituição de Bonn e posteriormente transferida para os textos constitucionais de Portugal, Espanha e Brasil. Como é sabido, através da idéia de diretamente aplicável expressamente plasmada no art.1º /3 da Grundgesetz pretende-se afirmar que a Constituição impõem-se como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações de normas programáticas, ou até, a simples fórmulas de oportunidade política. Todavia, a e expressa afirmação da vinculatividade não significa e nem pode significar que as normas consagradas de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através de lei. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a história constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p.117-118.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*. p.119.



tratamento dado a Constituição em relação a alguns direitos sociais, notadamente falando do direito à educação e à saúde.

Nesse sentido e, mais do que em qualquer outro direito social que a Constituição impõe a forma de realização, por meio de um programa como nesses casos o faz através do art. 196 e art. 208 da Constituição de 1988 em que ela mesma ressalta esses direitos exigindo um investimento mínimo do orçamento, que foge à autonomia do administrador. No entanto, em analisando a forma como a Constituição impõe o dever do Estado na realização desses direitos, há uma grande diferença, no caso da educação – notadamente a de base – o Estado está obrigado a garantir educação a cada um, o que já não ocorre exatamente com a saúde, pensada mais em termos de sistema.

Por derradeiro, não há problemas em compreender a Constituição Federal de 1988 em uma perspectiva de uma Constituição dirigente que vincula o Legislador a uma série de tarefas constitucionais a serem realizadas através de programas normativos, mas há de se compreender a teoria da Constituição dirigente no âmbito e no espaço em que a Constituição brasileira mostre-se dirigente em relação aos seus conteúdos, ou seja, a Constituição não traz nota de subjetividade no sentido de permitir sua justicialidade a todos os direitos sociais e muito menos a políticas públicas, que nos termos constitucionalmente postos referem-se aos meios para realizar os fins – programas e não direitos. Note-se que parece também esta ser a conclusão a que o autor chega quando se trata de políticas públicas:

“Não obstante as reticências – ideológicas, doutrinárias e jurídico constitucionais – relativamente a inserção de um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais da carta magna de um país, sempre entendemos que o livre desenvolvimento da personalidade e defesa da dignidade postulam ética e juridicamente a positivação constitucional dos chamados “direitos sociais”. Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se para nós é indiscutível a consagração constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode rigidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a Constituição nas querelas dos “limites estado social e da ingovernabilidade”. Acresce que a consagração de certos postulados – a gratuidade de todos os graus de ensino – pode apontar para a solução claramente em dissintonia com a própria mensagem emancipatória que justificou sua inclusão no Texto Constitucional”¹⁸.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*. p. 124-125.



Em contrapartida, a ideia de vinculação é trabalhada ao lado da chamada “margem de conformação do Legislador”¹⁹, ou seja, o espaço que deve ser assegurado para a definição da forma, dos meios e da medida em que os direitos sociais deverão ser concretizados, entendendo-se, assim, que as normas que passam a regular os direitos sociais, que visem a concretizar as demandas sociais devem estar abertas as novas interpretações que estejam conexas as mutações sociais, e vias de regra esse é um espaço destinado a conformação do Legislador e do Administrador, mas não se pode afastar de plano a possibilidade de atuação jurisdicional também na concretização dessas demandas²⁰. Importa dizer que, para Canotilho, esse campo de liberdade de conformação do Legislador é onde incide de certa forma a chamada discricionariedade legislativa, mas essa não confere a ele a opção eleger os fins, mas apenas a opção para escolher os meios aptos para a concretização dos fins já postos na Constituição²¹. Muito embora, pensando-se que quando ele decide destinar mais recursos para determinado direito do que para outro, privilegiando determinados conteúdos, ele está em certa medida, indiretamente, elegendo os fins.

Contudo, dizer que o Poder Legislativo exerce sua liberdade dentro da perspectiva de buscar a realização do interesse público, obviamente é o que se espera dos responsáveis por exercer o poder representativo nas democracias contemporâneas. Ainda, dizer que tem o dever de cumprir comandos constitucionais e exercer sua função em consonância com os direitos fundamentais, também não nos esclarece muito. Já, dizer que em caso de obrigatoriedade de comando da ação se verificar a inércia do Poder Legislativo, implica dizer que quando houver um dever e o Legislativo incorrer em uma abstenção, estará certamente legitimando a atuação judicial (não se esquecendo que permanece a questão da natureza e o limite dessa atuação). É o exemplo do comando constitucional do art. 208 da Constituição que diz ser direito subjetivo do cidadão e dever do Estado através da implementação de políticas públicas a promoção do direito à educação, logo, não existindo políticas públicas que garantam uma vaga para crianças em idade escolar, por exemplo, certamente não subjaz o direito subjetivo social à educação e, portanto, o controle está autorizado, mesmo via omissão. O que aqui se pretende é construir quais os limites jurisdicionais em casos como este.

Ainda no campo dessa discussão, Dantas, ao investigar o constitucionalismo dirigente em termos de Constituição brasileira, entende que o dirigismo deve instituir lihas materialmente vinculantes em relação não apenas ao problema da omissão, mas

¹⁹ Para Canotilho, a liberdade de conformação do Legislador confere a ele uma maior possibilidade político-decisória, o que inclui um campo para determinação e qualificação do interesse público a que o Legislador também está vinculado para a realização de seus fins.

²⁰ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 21-23.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 228-235.



também e com maior relevo da formulação, implementação, execução e controle de políticas públicas, vez que, segundo o autor não se poderia “descurar da inter-relação e da interação entre programas constitucionalmente vinculante da atividade de direção política e de políticas públicas”²².

Em se analisando o caso da Constituição brasileira e da vinculação do Legislador em termos de políticas públicas, diga-se que o dirigismo não pode ultrapassar as barreiras constitucionalmente postas em relação às obrigações Estatais, ou seja, entende-se que não é campo do controle jurisdicional positivo, apenas podendo atuar como parâmetro para eventual declaração de inconstitucionalidade. Assim, os casos em que a Constituição não determina a forma ou o comando de ação, casos em que hoje se poderia dar como exemplo o direito à moradia ou mesmo ao lazer, parecem ser casos típicos de incidência do princípio da razoabilidade, na perspectiva da decisão “*numerus clausus n. 33*” do BVerfG, daquilo que se pode, razoavelmente, esperar da sociedade em termos de prestação.

A discussão ocorrida no julgamento da ADPF 45 no relatório do Ministro Celso Mello²³, no caso que ficou conhecido de forma emblemática acerca da possibilidade de controle jurisdicional de política pública, não deixa de suscitar essa questão, conquanto, parece, sim, confundir o âmbito de vinculação e incidência quando se trata de direitos fundamentais e de políticas públicas. Tal questão ocorreu no julgado em análise quando se discutiu a “omissão legislativa” em face do veto presidencial em relação à previsão das normas que tornassem viável o cumprimento no determinado na EC 29/2000, senão vejamos:

“Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo

²² DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 335.

²³ Resumidamente, o conteúdo da ADPF segundo o relatório do Ministro Celso Mello, trata-se de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 45-9 proposta pelo PSDB promovida contra veto, que, emanado pelo Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, alegando-se que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Vale assinalar que, logo após o veto o Presidente do Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto Executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo Legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional, razão pela qual seu julgamento restou prejudicado. ADPF 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181935&tipo=TP&descricao=ADPF%2F45>>. Acesso em: 10 set. 2011.



e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO"²⁴.

E segue:

"O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do Texto Constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público"²⁵.

Note-se que a omissão legislativa na qual incidiu o Legislador decorre de uma obrigação constitucional de legislar imposta pela EC 29/2000, significa dizer que não se está tratando de um campo aberto para ação legislativa na proposta de lei orçamentária, sendo que, tal prerrogativa deveria ser observada sob outro enfoque se, por exemplo, fosse referente a uma possibilidade de controle de uma suposta "omissão legislativa"²⁶ em que o Poder Judiciário impusesse o dever de legislar uma determinada matéria

²⁴ ADPF 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181935&tipo=TP&descricao=ADPF%2F45>>. Acesso em: 10 set. 2011.

²⁵ ADPF 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181935&tipo=TP&descricao=ADPF%2F45>>. Acesso em 10 set. 2011.

²⁶ Aqui já está um típico caso em que, a omissão é legislativa, mas a iniciativa é do Poder Executivo no exercício de uma função atípica, ou seja, trata-se de uma omissão legislativa do Poder Executivo na função de Legislador atípica.



tratando-se do direito à alimentação ou tratando-se de uma omissão legislativa em relação a garantia desse direito. Ainda que essa decisão tenha sido considerada uma das mais relevantes manifestações do Supremo Tribunal Federal em termos de controle de política pública, entende-se que é um caso referente à omissão legislativa²⁷, que desconsiderou o comando constitucional, ou seja, contrária à Constituição, e, nesse caso, o controle normativo pode incidir tanto em decorrência de descumprimento de preceito fundamental (se for o caso), bem como pela inconstitucionalidade por omissão.

Assim, não se vê aqui uma grande inovação em termos de decisão judicial, pois não se trata propriamente de controle judicial de políticas públicas, mas, antes, de omissão legislativa. Aliás, talvez o mais significativo seja a fundamentação utilizada, e não propriamente o objeto em si. Ainda, analisando-se o contexto em que o controle no caso se insere, sequer a interferência chegou a se configurar ante a nova proposta que trouxe alterado o dispositivo que gerava a controvérsia constitucional.

Contudo, desde já aqui merece fazer uma anotação crítica à decisão (que será objeto de análise novamente em tópicos posteriores) no seguinte sentido: ainda que reconhecendo que não seria de competência do Supremo Tribunal atuar na formulação e implementação de políticas públicas, defende ele que, em casos excepcionais, tal poderia se atribuir 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"*²⁸.

Ora, pois, o fato de o Poder Judiciário estar legitimado a controlar atos que sejam considerados contrários à obrigação constitucional do Legislador ou mesmo do Administrador, isso não implica que quando o Judiciário aponte essas "falhas" estará ele "fazendo política pública", pois controlar não significa fazer. Se o controle for compreendido como um ato de fazer política pública, é dizer que estaria autorizado o Judiciário a dizer o instrumento, a indicar a competência e os agentes que executarão, bem como a traçar as metas, as finalidades, enfim, o conceito de política pública compreende inúmeras decisões coordenadas, e todas essas informações não estão disponíveis às razões que se valem o Poder Judiciário em sua atuação – lembrando-se ser ele especializado

²⁷ Ainda nos dizeres do relator, o Ministro Celso Mello: 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). ADPF 45. *Op. Cit.*

²⁸ STF, ADPF 45. *Op. Cit.*



em discursos de aplicação. A rigor, o Poder Judiciário no caso em tela pode ter controlada a omissão legislativa em termos de uma decisão relacionada à política pública, mas jamais teria condição para criar a política pública, até mesmo porque isso pressupõe a criação de lei, o que seria inviável para o Judiciário realizar. Portanto, não deixa de haver certa falácia quando se refere em criação de política pública pelo Judiciário.

4. DO CAMPO DE CONFORMAÇÃO DO ADMINISTRADOR

Observada a questão da “vinculação/discricionariedade” do Legislador, importa, então, investigar de que forma se dá e qual a tratativa diferenciada em termos de controle administrativo. Para tanto, dois conteúdos essenciais devem ser observados à luz do exercício da Administração pública: a legalidade administrativa e os próprios atos administrativos²⁹. Esse é o ponto de observação, porque como é sabido, a vinculação e a discricionariedade são, assim, as duas formas típicas pelas quais se modelam a atividade da administração pública. Como na verdade a lei não regula sempre do mesmo modo os atos a serem praticados pela administração pública ou, melhor dizendo, “a regulação legal ora é precisa, outra é imprecisa”³⁰, o campo de ação do Administrador nem sempre mostra-se claro.

Quando se trata de ato vinculado, pode-se dizer que diante de um caso concreto a lei determina uma só conduta em relação ao agir da Administração Pública. No caso dos atos vinculados deve regular todos os aspectos da ação administrativa, sendo que nesses casos a administração pública fará uma atuação legislativa que pode ser tida como mecânica (pois apenas faz menção ao dispositivo) até chegar a um resultado que o único legalmente possível ante o caso concreto³¹. Em termos de objeto de estudo, interessa o nível de vinculação, pois sua implicação prática é a extensão do controle: na medida em que se afasta a vinculação diminui a margem do controle judicial, bem como estreita vinculação permite um controle amplo sobre o ato da administração pública³². Nos dizeres de Maurer, ao tratar do sistema Alemão³³:

²⁹ Vale a crítica exposta por Rodrigues, no sentido da tratativa da doutrina administrativa pátria em relação a vinculação e discricionariedade como conteúdos constante no capítulo dos atos administrativos, quando na realidade deveria estar exposta dentro do capítulo que trabalha a legalidade da administração pública, como acontece, por exemplo, no Direito Administrativo Alemão e Francês. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Exposição em sala de aula e material didático do professor. Não impresso.

³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2001.

³¹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Idem*. p. 74.

³² Vários precedentes jurisprudenciais podem ser citados no sentido desse entendimento, tais como: STF RE-EDv 75.421; STJ MS 14.236; STJ REsp 813.408-RS; STJ RMS 24.316, entre outros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 out.2011.

³³ Importa somente referir que o raciocínio do autor empregado para o controle desses atos que no direito alemão acontece nos tribunais administrativos, os quais ele denomina como controle judicial administrativo, obviamente no Brasil, por não existir essa figura estará se tratando do controle jurisdicional.



“A vinculação à lei da administração pode, como foi exposto, ser estreita; mas também ela pode ser frouxa, enquanto à administração, por concessão do poder discricionário, permanece um espaço de atuação ou, por determinação de conceitos jurídicos indeterminados, é admitido um espaço de apreciação. O afrouxamento da vinculação à lei afrouxa também o controle de judicial administrativo, uma vez que os tribunais administrativos apenas podem analisar a juridicidade da atuação administrativa. Na medida em que compete à administração um espaço de poder discricionário ou de apreciação, ela tem o direito à “ultima decisão”³⁴.

Em geral, a polêmica em termos de políticas públicas, em relação à atuação da Administração Pública, incide quanto se trata de controle dos atos administrativos discricionários ou mesmo sobre os conceitos jurídicos indeterminados³⁵, que há muito ocupa palco de grandes discussões teóricas a respeito. No entanto, como se entende que as políticas públicas estão no campo da discricionariedade e não se trata, portanto, de um caso de conceito jurídico indeterminado³⁶, é sobre a discricionariedade que importa tecer algumas considerações.

³⁴ MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luis Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p.142.

³⁵ Vale a nota de que existem duas correntes nesse sentido: a corrente majoritária, que é inspirada no modelo francês, não faz distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade, sendo compreendidos os conceitos jurídicos indeterminados pelos tribunais brasileiros como sendo parte integrante do conceito mais amplo de discricionariedade. O expoente doutrinário seguidor dessa corrente é o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. Cita-se julgados nesse sentido: STF RE 275.280-SP, in Informativo STF n. 403; STF RDA 178/176; STF RDA 210/280. Já a corrente minoritária, nos moldes do direito alemão, entende que conceito jurídico indeterminado é aquele que necessita preenchimentos e, portanto, pode suscitar diferentes interpretações. Assim, não se poderia *a priori* identificar qual seria a conduta do agente, o que é possível em termos de discricionariedade, na escolha entre várias decisões, mas com um conteúdo pré-definido, haja vista que a discricionariedade sempre é deduzível da própria lei. Apontando-se as consequências práticas dessa diferenciação é que nos conceitos jurídicos indeterminados inexistiria margem para a liberdade da administração pública para definir o que seja “moralidade”, “interesse público”, dentre outros. Haveria apenas um preenchimento valorativo do agente da administração pública nos moldes de um modo “correto” ou “aceitável” de interpretação destes conceitos, modo que deve estar em consonância com os demais valores e preceitos do ordenamento. Essa corrente minoritária na jurisprudência brasileira é suscitada por Eros Roberto Grau na decisão STF RMS 24. 699.

³⁶ Krell assinala que, ao contrário da doutrina germânica a maioria dos autores brasileiros aceita que a discricionariedade possa estar localizada tanto na hipótese como no mandamento da norma, doutrina que tem respaldo nos diferentes momentos do ato administrativo, no sentido que tanto o objeto quanto o motivo poderiam conter juízes de discricionariedade. No entanto, quando se refere a doutrina alemão, destaca o autor, que mesmo esta distinção no contexto germânico começa a surgir adeptos de uma distinção não rígida, haja vista a tentativa de adequação ao próprio modelo Europeu. Segundo o autor, não teria grande função tal distinção pelo fato de que conceitos indeterminados e discricionariedade seriam fenômenos interligados, visto que, muitas vezes o órgãos administrativo deve lançar mão desta para preencher aquele, logo, a extensão da discricionariedade atribuída a administração pública mediante o uso de conceitos jurídicos indeterminados, dependeria do tipo de conceito utilizado pelo próprio texto legal. Para aprofundar a questão ver em: KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competências dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34-35.



O conceito de discricionariedade administrativa é relativamente simples, o problema incide na sua aplicação prática, especialmente em se tratando de política pública em que as alternativas nem sempre, ou melhor, na maioria das vezes não estarão postas expressamente. Em esclarecedora exposição do tema, valem as lições críticas há muito tempo proferidas por Couto e Silva, no sentido que: “Num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou Legisladores, (...) se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma. (...) estaria assim eliminada (...) a voluntas individual do governante (...)”³⁷. No entanto, já o autor alerta que: “Essa é, no entanto, uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das idéias puras”³⁸. Contudo, no mundo real, o que se põe é a seguinte situação:

“Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora (...) a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol de providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta.”

Dentro da margem de decisão que incide a discricionariedade administrativa, ao longo da jurisprudência pátria, a discricionariedade administrativa tem sido tratada levando-se em conta os cinco elementos dos seus atos (que em momento propício serão analisados separadamente nos últimos tópicos do capítulo), sob os quais se dividem as possibilidades e impossibilidades de controle. Inexistiria discricionariedade em relação aos seguintes elementos conhecidos como extrínsecos: 1) competência do agente; 2) finalidade pública da ação. Existiria discricionariedade e, portanto, pela tese mais tradicional isento de controle os elementos intrínsecos: 1) a forma do ato; 2) o objeto; 3) o motivo. Assim, os limites do poder discricionário estariam traçados na lei que os instituiu, e dentro desse espaço de conformação do Legislador estaria a margem da discricionariedade que será guiada por critérios de conveniência e oportunidade, que ficam no campo do chamado mérito administrativo, espaço este que afastaria o controle jurisdicional da decisão administrativa.

Modernamente, teorias como a pós-tradicional tem buscado apertar o controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, fundadas no argumento de que quando a norma jurídica concede poder discricionário ao Administrador, esse poder

³⁷ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179-180, jan./jun. 1990. p. 51.

³⁸ COUTO E SILVA, Almiro. *Idem*. p. 52.



deve ser exercido de forma que a decisão seja a que melhor atenda ao interesse público, fato esse criticado por Couto e Silva, por entender que na definição dos limites, por si só, já pressupunha que se considere o fim perseguido pela lei, os princípios e regras constitucionais postas, os princípios fundamentais do direito administrativo e a proporcionalidade entre o fato e o ato que determinou. O que restar após essa análise deve ser reservado à escolha dos agentes administrativos³⁹.

Contudo, Rodrigues⁴⁰ alerta que dois princípios têm sido a única razão de ser do controle da discricionariedade, exatamente para permitir um controle judicial de questões que envolvam os aspectos intrínsecos ao mérito em decisões discricionárias: está se tratando da proporcionalidade/razoabilidade⁴¹. Tais princípios são adotados já em vários julgados para demonstrar que não basta o uso válido da discricionariedade, fazendo-se necessário que o agente a utilize dentro dos padrões da razoabilidade e da proporcionalidade. Ainda sobre o exposto, uma constatação do autor sobre essa temática não pode deixar de ser observada:

“A rigor, já se viu anteriormente que “impessoalidade”, “moralidade”, “publicidade” e “eficiência” são princípios que, por somente funcionarem depois de uma aplicação da legalidade formal (mas jamais para além dessa legalidade formal), necessariamente quando aplicados envolvem análise de mérito de ato administrativo discricionário. É dizer: esses princípios possuem uma única finalidade prática, que é exatamente servir de parâmetro para o controle de mérito dos atos administrativos discricionários (muito embora a doutrina brasileira em sua quase unanimidade não tenha compreendido isso). Tais princípios, pelo simples fato de se encontrarem vigentes em nosso ordenamento jurídico, representam, portanto, a quebra da teoria tradicional. Assim, toda vez que eles são aplicados pelo Poder Judiciário a casos concretos eles necessariamente implicam a anulação de uma decisão anterior de mérito da Administração Pública no âmbito dos atos discricionários (ou então, se aplicados fora desse contexto, neste caso são aplicados equivocadamente)”⁴².”

Freitas defende maior ampliação e sindicabilidade em relação aos atos administrativos, por acreditar que estamos sob a égide do direito fundamental à boa administração pública. Compreende que toda sindicabilidade só será legítima se guardar estreita vinculação com imperativos da prudência, os quais se entende haver uma motivação

³⁹ COUTO E SILVA, Almiro. *Idem*. p. 66-67.

⁴⁰ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Exposição em sala de aula e material didático do professor. Não impresso.

⁴¹ Diga-se que, para o autor, e posição com a qual este trabalho concorda, é que a única distinção existente entre esses conceitos é de origem, sendo a proporcionalidade fruto do direito Alemão e a razoabilidade, da jurisprudência norteamericana, mas ambos possuem a mesma função e fim e os mesmos passos de observação.

⁴² RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Exposição em sala de aula e material didático do professor. Não impresso.



obrigatória, que para o autor se trata da compatibilidade plena com princípios como o da eficiência, eficácia e economicidade. Assim, em sua explanação, todo ato que gere, por exemplo, desperdício público, é um ato viciado. Em suas palavras: "O agente não está obrigado a alcançar "a" única opção correta, mas tem que apresentar motivação aceitável para sua escolha. O erro manifesto, a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam mortalmente o ato discricionário"⁴³.

Agora, em face do próprio princípio da legalidade administrativa, importa dizer que o espaço do emprego para o juízo de oportunidade somente é admitido se houver norma jurídica que lhe confira tal poder, ou seja, o dever-poder discricionário deve estar previsto em lei ou pela própria Constituição. Todavia, não é possível confundir as omissões legislativas como se fosse um dever-poder discricionário do Administrador, isso porque a administração não cria instrumentos através do dever-poder discricionário, mas sim um dever-poder regulamentar como meio adequado para a integração e concretização do regime jurídico-administrativo⁴⁴. Agora, é claro que a questão tanto da discricionariedade administrativa e mesmo a vinculação do Legislador a Constituição, como já dito nesse trabalho, deve ser lida à luz da Constituição de 1988, que se mostra dirigente em vários sentidos, especialmente em se tratando da concretização de direitos fundamentais.

Expostas essas questões conceituais, verificou-se que quanto mais vinculado o ato, maior será a atuação do Poder Judiciário em relação ao controle, mas mesmo o ato discricionário do Administrador ou mesmo o do Legislador poderá ser controlado, ainda que no juízo de mérito (conveniência e oportunidade), seja pelo critério na proporcionalidade, seja pela teoria do erro manifesto⁴⁵. Contudo, essas questões serão debatidas quando da análise de cada um dos diferentes momentos e aspectos em que incidirá o

⁴³ FREITAS, Juez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-32.

⁴⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 92-93.

⁴⁵ A teoria do erro manifesto é uma teoria francesa, que permite o controle da discricionariedade quando o agente administrativo pratica um erro evidente, manifestamente desajustado, inaceitável; é destinada a anular erros grosseiros no uso da discricionariedade. In: SOUSA, Antônio Francisco de Souza. Coimbra: Almedina, 1994. p.182-183. No Brasil, a teoria difundida é a teoria do poder-dever, que existe para produzir um dever de agir perante um dado caso concreto quando a respectiva norma legal que autoriza a ação apenas confere uma autorização ou faculdade para agir, mais exatamente: nos casos onde uma norma legal não se dirige de modo imperativo e cogente aos agentes públicos. Exemplo 1: "A Administração Pública pode interditar os estabelecimentos comerciais que vendem alimentos com datas de vencimento vencida." Pela teoria do poder-dever, essa norma não confere apenas uma faculdade para decidir entre interditar ou não interditar o estabelecimento, o poder de interditar significa então que – em nome do interesse público – um estabelecimento que vende alimentos com data de vencimento vencida deve efetivamente ser interditado. Assim, uma vez constatada a venda de alimentos com data vencida, o agente competente para tanto tem o "poder-dever" de interditar o estabelecimento (desaparecendo sua discricionariedade literalmente prevista no dispositivo legal). Exemplo 2: Súmula nº 473, STF "A administração pode anular seus próprios atos, quando evitados 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



controle de políticas públicas, pois sobre cada um os limites também poderão se apresentar de forma diferente. Ainda, mas não menos importante: entende-se ser muito diferente no campo da discricionariedade da teoria do erro manifesto e o exame da proporcionalidade, motivo pelo qual o último tópico deste capítulo vai procurar investigar se a proporcionalidade, nos termos em que vem sendo desenvolvida na jurisprudência brasileira, permite um controle em consonância com os discursos de adequação ou se tem se mostrado arbitrária em termos de políticas públicas.

A rigor, muitos serão os momentos em que, para a realização de uma política pública, o mesmo poderá tomar decisões ligadas a atos que ora serão vinculados e ora serão discricionários, dependendo do tipo de decisão e do momento. Exemplificando: uma política pública relacionada à desapropriação para fins de interesse público, a escolha sobre o local não deixa de ser um ato discricionário (claro, respeitado os princípios da Administração Pública - motivação, finalidade, moralidade) dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, incidindo aqui o controle do mérito em relação à vinculação com os princípios e a relação de proporcionalidade. Contudo, haverá o momento em que a decisão será vinculada e, portanto, incidirá total controle em relação ao Poder Judiciário na relação de invalidação do ato, como, por exemplo, a notificação do proprietário, pagamento antecipado e em espécie.

Outro exemplo de ato vinculado em relação agora ao ato Legislativo (muito embora o projeto de lei seja do Executivo, aqui está exercendo uma função atípica - legislativa) é o fato de que deve estar prevista dentro do orçamento destinado à saúde, como no âmbito municipal o gasto deverá ser obrigatoriamente, no mínimo, de 15% e nos Estados, no mínimo, de 12%. Já, a decisão de como esses recursos serão alocados em relação a distintas ações para concretizar a saúde é de certa forma uma decisão discricionária do Administrador em relação ao juízo de conveniência e oportunidade de como e onde investir dentro da área da saúde, sendo possível o controle judicial apenas se for possível demonstrar a desproporcionalidade da tomada de decisão. Ainda no exemplo da saúde, pode-se pensar na obrigatoriedade e vinculação relacionada a alguns medicamentos e tratamentos que estão previstos na lei do SUS, não podendo em relação a esses haver discricionariedade, como o caso do tratamento dos portadores de HIV, fornecido obrigatoriamente pela União.

Em tempo: a questão interessante a ser destacada é que a maioria das políticas públicas envolve o poder de política, que certamente é um poder vinculado antes ao interesse público. É só se pensar na Política Nacional do Meio Ambiente e a licença nas concessões de licenças ambientais, nas multas previstas para infrações contra o meio ambiente, dentre outros. Esses exemplos são suficientes para demonstrar que, advogar

apreciação judicial." RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Exposição em sala de aula e material didático do professor. Não impresso.



arbitrariamente contra ou a favor do controle de políticas públicas, é um discurso absolutamente vazio que nada diz, pois é preciso em cada momento particular a observação de que tipo de ação/ato (vinculado/discricionário) está se tratando, bem como de qual poder ele é emanado (Legislativo ou Executivo), bem como discutir os limites da ação judicial em relação aos diferentes casos. Acredita-se que ninguém discordaria que no império do Estado de Direito os atos estatais são passível de controle; o que muda são os critérios, o grau de interferência e o que pode ou não ser feito judicialmente dependendo do ato e dos poderes em questão. Essa é a árdua tarefa desse estudo, produzir as diferenças para se lançar ao estudo técnico dos termos, procurando observar sobre os elementos produzidos a partir das diferentes ações observadas e qual será a possibilidade e os limites de atuação jurisdicional.

Vistas as diferentes perspectivas, em se tratando de atos Legislativos que decidam sobre políticas públicas e de atos administrativos em relação a essa mesma tomada de decisão, apresenta-se necessária a investigação dos diferentes momentos: escolha, implementação e resultado. E, ainda, das diferentes formas de imposições constitucionais que devem ser observadas, como o orçamento, competência, motivação, eficiência, regionalização, dentro outros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, defendeu-se que simplesmente posicionar-se de forma favorável ao controle ou não de política pública, em verdade nada nos diz, afinal, é necessário visualizar o campo de conformação de quem atua, e qual tipo de ato que o mesmo exerce, para então direcionar-lhe um conteúdo e uma possibilidade de ser controlado.

Distinguiu-se a liberdade de conformação do Legislador e do Administrador, a partir do qual se pode concluir que, quando o controle incidir sobre o Legislador, os parâmetros serão muito mais amplos, pois a margem de atuação do Legislador é maior em termos de políticas públicas, basta que não sejam atos contrários à Constituição. Já em relação ao Administrador, sabe-se que duas serão as formas de atuação, através de atos vinculados - em que a margem de atuação do Poder Judiciário é maior - e atos discricionários - em que a margem de intervenção judicial é menor, mas ainda possível em conformidade com a doutrina e jurisprudência prática, o que se dá através da análise do princípio da proporcionalidade quando na análise do mérito administrativo da conveniência e oportunidade do ato.

Não se pode deixar de observar que, na prática, o controle dos atos discricionários tem acontecido quando é o que se chama de erro evidente, como sendo aquela conduta que praticamente é autoexplicativa e sobre a qual praticamente se dispensa a fundamentação, pois, em termos de políticas públicas, é muito difícil na prática que o



Poder Judiciário demonstre a desnecessidade da conduta do Administrador. Se existisse apenas um meio considerado proporcional, então sequer haveria discricionariedade, pois o dever de proporcionalidade é sempre imposto ao intérprete constitucional.

Constatou-se, também, que em um outro momento a proporcionalidade é a porta de entrada ao controle jurisdicional das políticas públicas, que é justamente na motivação dos atos administrativos. Isso, pois, a teoria contemporânea tem se inclinado a considerar a necessidade de motivação substancial, que prevê a existência de pressupostos reais e de motivos corretos capazes de fundamentar uma decisão e torná-la legítima sob este aspecto, fazendo, assim, uma recondução do decidido a um parâmetro valorativo capaz de justificá-lo em um caso concreto. Assim, a importância da motivação substancial aparece de modo mais claro no âmbito dos atos administrativos discricionários, pois não se trata apenas, como na motivação formal, de relacionar um fato a um dispositivo legal, uma vez que a partir do dispositivo legal não é possível, de antemão, obter com clareza por que houve uma decisão específica para o caso concreto, até porque a motivação substancial terá justamente a função de preencher esses conteúdos de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, ela, por exemplo, terá a função de indicar o conteúdo do interesse público.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a história constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179-180, jan./jun. 1990.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.



FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competências dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad. Luis Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VALLE, Vanice Regia Lírio do. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZUFELATO, Camila. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.