

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**LIMITES E VÍNCULOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

**BÁRBARA DAYANA BRASIL**

**Itajaí, 05 de dezembro de 2008.**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**LIMITES E VÍNCULOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

**BÁRBARA DAYANA BRASIL**

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí –  
UNIVALI, como requisito parcial à  
obtenção do Título de Mestre em  
Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

**Itajaí, 05 de dezembro de 2008.**

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus, pois sem sua vontade nada  
pode ser criado.

Ao Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart  
Cademartori pelo exemplo e pelo seguro  
direcionamento intelectual.

A todos aqueles que de alguma forma  
contribuíram direta ou indiretamente para a  
realização deste estudo.

## **DEDICATÓRIA**

A meus pais, pelo exemplo irretocável de  
perseverança.

## **EPIGRAFE**

“Afirmar, no início que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. O problema real que temos que enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos. É inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas tem os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados”. (Norberto Bobbio)

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí, 05 de dezembro de 2008.**

**Bárbara Dayana Brasil**

**Mestranda**

**PÁGINA DE APROVAÇÃO**

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM  
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>IX</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>X</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>18</b>
<b>OS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA SUPERAÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO .....</b>	<b>18</b>
1.1 AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS ESTATAIS E SUA REPERCUSSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	18
1.2 O ESTADO ABSOLUTISTA .....	25
1.3 O ESTADO LIBERAL .....	31
1.4 O ESTADO SOCIAL .....	41
1.5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	50
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>61</b>
<b>O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>62</b>
2.1 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....	62
2.2 A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	68
2.3 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	79
2.4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO .....	86
2.5 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	93
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>100</b>
<b>CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>100</b>
3.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL .....	100
3.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	110
3.2.1 LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL .....	116
3.2.1.1 Argumentos contrários a formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário .....	117
3.2.1.2 A reserva do possível e a legislação orçamentária .....	122
3.2.1.3 O mínimo existencial .....	129

<b>3.2.2 Os VÍNCULOS DO CONTROLE JURISDICIONAL.....</b>	<b>131</b>
<b>3.2.2.1 Políticas públicas vinculantes .....</b>	<b>131</b>
<b>3.2.2.2 A vedação do retrocesso.....</b>	<b>134</b>
<b>3.2.2.3 A razoabilidade e a proporcionalidade.....</b>	<b>136</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>142</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS .....</b>	<b>150</b>

## RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise dos principais aspectos que envolvem o controle jurisdicional de políticas públicas no modelo de Estado Constitucional. A abordagem do tema parte da noção de controle do poder político visualizada pelos diversos paradigmas de Estado que se sucederam, a fim de demonstrar como paulatinamente a Administração Pública passou a sujeitar-se a uma limitação nos atos por ela praticados, especialmente no Estado Constitucional. Sob esta ótica, o poder político no Brasil após a Constituição Federal de 1988 passa a ser tratado como estando vinculado aos direitos fundamentais, razão pela qual, toda a atividade administrativa servirá de instrumento para a concretização material de tais direitos. O controle dos atos administrativos no Estado Constitucional é abordado partindo de uma perspectiva que admite o exercício do controle pelo Poder Judiciário, como consequência da jurisdição constitucional. Através de uma moderna leitura do princípio da separação de poderes do Estado reconhece-se a possibilidade de controle mesmo sobre os atos administrativos discricionários, propondo-se com fundamento numa perspectiva garantista uma discricionariedade vinculada que impõe ao administrador as escolhas que mais se compatibilizem com a satisfação dos direitos fundamentais. Busca-se, diante disso, explicitar a necessidade de implementação de políticas públicas adequadas às necessidades sociais, sob pena de assim não ocorrendo, o Poder Judiciário legitimar-se no exercício do controle. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada com o intuito de propiciar maiores elementos para o debate em torno do assunto especialmente quanto a seus limites e vínculos. As conclusões apontam no sentido de que a partir de uma interpretação constitucional e principiológica, o Judiciário não poderá se furtar ao exame da questão. Todas as nuances que cercam o assunto, portanto, condizem com acerto para a valorização da democracia substancial, de modo que os direitos fundamentais constituem o limite e a própria razão de ser dos instrumentos de controle.

## **ABSTRACT**

This work is an analysis of major issues involving the judicial control of public policies in the model of constitutional rule. Addressing the theme of the concept of control of political power displayed by the various paradigms of State that have taken place in order to demonstrate how the government slowly began to be subject to a limitation on actions taken by it, especially in the State Constitution. From this viewpoint, the political power becomes treated as being linked to fundamental rights, why, all the administrative activity serve as a tool for achieving material of such rights. The control of administrative acts in the state Constitution is approached from a perspective that allows the exercise of control by the judiciary, as a result of constitutional jurisdiction. Through a modern reading of the principle of separation of powers of the state recognizes the right to control even on the discretionary administrative acts, and proposed to the ground in a security linked imposing a discretion to the administrator the choices that are more compatible with the satisfaction of fundamental rights. Search is, before this, explain the need to implement public policies to social needs, under penalty of this not happening, the Judiciary legitimize itself in the exercise of control. This is a literature search conducted with the aim of providing more evidence for the discussion on the matter particularly as to their possible limits and links. The findings point to that from a constitutional interpretation and principiologic, the Judiciary can not steal the examination of the issue. All the nuances that surround it, so match hit for the recovery of substantial democracy, so that fundamental rights are the limit and the very *raison d'être* of the instruments of control.

## INTRODUÇÃO

Os temas atinentes ao controle da Administração Pública sejam quais forem as dimensões a serem analisadas, trazem um assunto que permanece sempre polêmico, especialmente porque, o exercício do controle sobre o poder há muito tempo tem despertado discussões, não apenas políticas, mas principalmente jurídicas.

Daí se verifica que a Administração Pública em sua obrigação de materializar a atividade administrativa está vinculada a uma série de poderes-deveres<sup>1</sup> que correspondem à sua finalidade de implementar medidas que atendam as necessidades coletivas.

Ocorre que nem sempre isto se realiza de maneira adequada, restando que por vezes o administrador público, em razão da discricionariedade que lhe cabe, em determinadas situações, deixa de atender ou atende insuficientemente as demandas sociais existentes.

É em decorrência de todo o complexo de funções que existem num Estado Democrático de Direito que a Administração Pública se vê sujeita a um conjunto de obrigações, do qual não poderá afastar-se, sob pena de violação frontal ao que dispõe a Constituição Federal.

Precisamente, neste contexto, se revela o objeto de estudo da presente dissertação, quais sejam, os limites e vínculos do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Constitucional.

O seu objetivo é demonstrar que a noção imposta pela Constituição Federal retirou o foco principal das chamadas “razões de Estado” e inseriu no centro de toda atividade da Administração Pública a necessidade de que esteja em consonância com os direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello utiliza este binômio explicando que “não é o ‘poder’ que serve como razão explicativa dos institutos de Direito Administrativo, pois as idéias de dever, de função, é que cumprem com exatidão este papel no Estado de Direito.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.44).

Desta maneira, o poder, anteriormente visto como fim em si mesmo, passa a estar vinculado, diante do mandamento constitucional, a não apenas reconhecer, como também a garantir a adequada satisfação dos direitos fundamentais compreendendo em um dever da Administração Pública.

Assim, a finalidade proposta através da presente pesquisa é demonstrar através de uma perspectiva garantista<sup>2</sup>, a qual se entende compatibilizar com o ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de controle judicial da atividade administrativa, especialmente em relação às políticas públicas.

A razão pela qual se adota esta perspectiva é a de que a partir deste marco teórico, denominado garantismo<sup>3</sup>, tem-se uma concepção que deixa de se apoiar em uma matriz eminentemente legalista e passa a analisar o ordenamento jurídico como estando vinculado a princípios que situam a dignidade humana enquanto centro de todo o sistema e o cidadão como destinatário da atuação da Administração Pública.

O fundamento condutor da pesquisa encontra-se justamente na necessidade de que a atividade administrativa esteja voltada a concretização da dignidade da pessoa humana através da implementação de políticas públicas capazes de atender às necessidades amparadas, em especial, pelos direitos fundamentais sociais expressos na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>2</sup> A perspectiva garantista é entendida enquanto a teoria do direito e da política que, do ponto de vista jurídico, estuda os conceitos e categorias gerais do Direito sem desvincular-se de sua realidade externa, a qual, outorga sentido à normas e a todo Direito em geral.

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli explica que, “a orientação que há poucos anos, vem sob o nome de ‘garantismo’, nasceu no campo penal como uma das respostas ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o tem jogado na mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático. Da palavra garantismo é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si (...). Segundo um primeiro significado ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito (...) Em um segundo significado ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ (...) Segundo um terceiro significado, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política.(...) Esses três significados de ‘garantismo’ (...) tem a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo.(...) Esses elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para outros setores do ordenamento.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.683-686)

A fim de que se possa conduzir esta pesquisa, preliminarmente far-se-á uma breve abordagem histórica, considerando os paradigmas sócio-culturais que circundavam o exercício do poder político, demonstrando paulatinamente o desenvolvimento dos limites que foram lhe sendo impostos os quais culminaram com a noção de controle, inclusive dos atos entendidos como discricionários.

Trata-se, precisamente, de demonstrar, conforme Boaventura de Sousa Santos<sup>4</sup>, que,

os paradigmas sócio-culturais nascem, desenvolvem-se e morrem. Ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder.

Por esta razão, partir-se-á de uma análise realizada desde o modelo de estado absolutista em que se vislumbra uma atividade administrativa não sujeita ao controle, passando pelas modificações impostas pelo Estado Liberal, com a consagração do Estado de Direito e do princípio da legalidade.

Na seqüência se demonstrará as contribuições e as insuficiências do modelo de Estado Social, assim como, a sua preocupação com o atendimento aos direitos fundamentais. Por fim, será demonstrada a situação atual que se verifica no Estado Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito como uma síntese dos aspectos positivos vislumbrados nos modelos antecedentes, a partir do qual, já se tem falado na existência de um neoconstitucionalismo, que compreende uma forma de repensar o Direito<sup>5</sup> e aliá-lo, a eticidade.

---

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 15.

<sup>5</sup> A palavra Direito é aqui utilizada no sentido atribuído por Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do Direito, a partir da qual, “todo fenômeno jurídico pressupõe sempre de três elementos: **fato**, **valor** e **norma**, ou melhor, “*um elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo*”. Assim, sinteticamente e para fins de estabelecer um conceito operacional, “o direito é a realização ordenada e garantida do bem comum, numa estrutura tridimensional (...)” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Bushatsky-Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 88). A partir desta teoria, nas palavras de Francisco da Cunha e Silva Neto, trata-se “de exigir do jurista que, ao se deparar com a norma jurídica, saiba que não há como abstrair do seu estudo aqueles fatos e valores, que determinaram

Diante disso, o Direito será analisado como estando vinculado não apenas à lei em sentido estrito, mas também, a todo conjunto de princípios dispostos na Constituição Federal através dos valores democráticos, verificando-se o surgimento de uma hermenêutica constitucional edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Com base nesta perspectiva, é que no Capítulo 2 se analisará a possibilidade de controle dos atos da Administração Pública no modelo de Estado atual, a fim de verificar os seus limites e alcance, especialmente quando frente aos direitos fundamentais.

Neste sentido, busca-se demonstrar que a doutrina administrativista tem entendido pela possibilidade de controle, mesmo dos atos discricionários, entre os quais, a implementação de políticas públicas, em razão da vinculação de toda a atividade administrativa com a concretização material dos direitos fundamentais, passando-se a compreender pela existência de uma discricionariedade vinculada, que impõe ao administrador a escolha que melhor se compatibilize com as necessidades sociais.

Diante disso, no Capítulo 3 revela-se o ponto culminante da pesquisa com a discussão sobre a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, especialmente, nas hipóteses em que o administrador público deixe de adotar uma política pública ou adote insuficientemente, e, em consequência disso, ocasione violação ou ameaça a direitos fundamentais.

Inicialmente, busca-se explicitar um conceito de políticas públicas, a fim de demonstrar a fundamentalidade de sua implementação adequada, compreendendo-se, no Estado Constitucional, como pressuposto de

---

a sua própria gênese, sob pena de uma visão reducionista do Direito, o que o descaracterizaria enquanto verdadeira ciência normativa. Disso resulta que toda norma jurídica é uma integração entre fato e valor. Tal posição de Miguel Reale faz com que qualquer teoria que admita um estudo separado daqueles três elementos (fato, valor e norma) logre infrutífera e improdutivo para a explicação do fenômeno jurídico.” (CUNHA E SILVA NETO, Francisco. **A Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale.** Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/franciscodacunhaesilvaneto/teoriatridimensional.htm> Acesso em 15 jul. 2008)

realização da eficácia imediata dos direitos fundamentais conforme disposição expressa do art. 5º, §1º<sup>6</sup> da Constituição Federal.

Com isso, pretende-se demonstrar que cabe aos poderes públicos o seu planejamento, execução e controle, e que desta forma poderá se verificar uma vinculação da própria discricionariedade administrativa, na medida em que as políticas públicas devem voltar-se as necessidades sociais concretas.

Entretanto, partindo-se da noção de jurisdição constitucional, se buscará demonstrar que o Poder Judiciário também se encontra investido no poder-dever de dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, especialmente, quando sobre eles recair uma lesão ou ameaça, caracterizando-os como verdadeiros direitos subjetivos, de modo que, se os poderes públicos não implementarem as políticas públicas adequadas, lhe caberá realizar o controle jurisdicional em função do próprio princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Não obstante, serão destacados os possíveis argumentos contrários a esta espécie de controle, em especial os que se referem a ilegitimidade do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, a teoria da reserva do possível, as limitações orçamentárias e o mínimo existencial.

Por outro lado, observar-se-á, a necessidade de que o Poder Judiciário, no exercício do controle de políticas públicas, o realize como guardião da supremacia constitucional, tendo em vista os princípios da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, bem como da razoabilidade e proporcionalidade.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos

---

<sup>6</sup> Art. 5º - "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 mai 2008.

destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o assunto, tendo em vista a notória amplitude do tema, e que, não se pretende com a presente pesquisa esgotá-lo, mas tão somente, reunir elementos teóricos capazes de instigar o debate acadêmico que o cerca.

Para a presente Dissertação foram levantadas *a priori*, as seguintes hipóteses:

a) os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata, sendo-lhes conferida justiciabilidade plena diante do Poder Judiciário;

b) o Poder Judiciário figura como guardião da eficácia das normas constitucionais cabendo a ele, determinar todas as providências que se fizerem necessárias para assegurar a garantia dos direitos fundamentais;

c) as políticas públicas adequadamente implementadas podem consistir em ferramenta para a garantia dos direitos fundamentais;

d) as possíveis limitações existentes para a atuação jurisdicional não são suficientes para impedir a plena eficácia das normas constitucionais;

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>7</sup> foi utilizado o Método Indutivo<sup>8</sup>, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano<sup>9</sup>, e, o Relatório dos Resultados, expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

---

<sup>7</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

<sup>8</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

<sup>9</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>10</sup>, da Categoria<sup>11</sup>, do Conceito Operacional<sup>12</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>13</sup>.

Diante disso, pretende-se que a pesquisa se preste a instigar o já polêmico estudo dos aspectos teóricos que envolvem o tema, em especial a possibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se na discricionariedade do administrador público para a adoção de políticas públicas tendentes a assegurar a efetividade dos direitos sociais, para o qual parte-se, do marco teórico do garantismo preconizado por Luigi Ferrajoli.

---

<sup>10</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

<sup>11</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31. Quanto a isto, desde logo, justifica-se a ausência do rol de categorias, na medida em que se optou por apresentá-las ao longo do trabalho com os seus respectivos conceitos operacionais.

<sup>12</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

<sup>13</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

## CAPÍTULO 1

### OS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA SUPERAÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO

#### 1.1 AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS ESTATAIS E SUA REPERCUSSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Diante da perspectiva apresentada neste trabalho, tendente a examinar as discussões atinentes a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, faz-se necessário, primeiramente, uma análise acerca das bases históricas e jurídico políticas que pautaram a Administração Pública<sup>14</sup> e que refletem até hoje no modo e nos limites pelo qual o exercício e o controle do poder<sup>15</sup> político têm se desenvolvido.

Isto porque este fenômeno tem acompanhado a humanidade, desde as suas origens, pois, de acordo com Hannah Arendt<sup>16</sup>, “todo o conceito de domínio e de submissão, de governo e de poder no sentido em que o concebemos, bem como a ordem regulamentada que os acompanha, eram tidos como pré-políticos, pertencentes a esfera privada e não pública.”

Diante disso, verifica-se que o poder pré-político evolui da esfera privada para a esfera pública, em busca do chamado bem comum, que de acordo com a autora supra mencionada<sup>17</sup>, implica no reconhecimento de que os “indivíduos privados têm interesses materiais e espirituais em comum, e só podem conservar a sua privacidade e cuidar dos seus próprios negócios quando

---

<sup>14</sup> Administração Pública compreendida no seu sentido subjetivo, que de acordo com Marçal Justen Filho significa, “o sujeito personificado ou não personificado, integrante da estrutura estatal que exerce a função administrativa”.(JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 90).

<sup>15</sup> A palavra poder é utilizada, em conformidade com a definição de Gabriel Chalita, para quem, “a primeira noção de poder que pode ser oferecida é a capacidade de impor a própria vontade numa relação social.” (CHALITA, Gabriel. **O Poder**. São Paulo: Saraiva, 1998.p.11).

<sup>16</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.p. 41.

<sup>17</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p.44.

um deles se encarrega de zelar por esses interesses comuns”, emergindo daí, portanto a existência de um poder político que influencia diretamente na organização e funcionamento da sociedade humana, notadamente quanto as relações de governo<sup>18</sup>.

Michel Temer<sup>19</sup>, quanto a isso, acrescenta que, não se pode falar em “Estado sem poder. Este é emanção da soberania. É nota tipificadora do Estado. (...) Não há sociedade sem organização. Daí a parêmia secular: *ubi societas, ibi jus, ibi societas*.”<sup>20</sup>

Assim, segundo Paulo Márcio Cruz<sup>21</sup>, a relevância do poder político atualmente se demonstra, na medida em que,

afeta toda a comunidade e está investido de autoridade para exercer três funções essenciais: 1)proposição e criação de normas; 2) solução de conflitos e 3) adoção de medidas de caráter prático para atender as necessidades da coletividade.

Desta forma, os temas atinentes a possibilidade de exercício do controle sobre a atividade administrativa, sejam quais forem as dimensões a serem analisadas trazem, em verdade, um problema que conduz invariavelmente à inúmeras polêmicas, acarretando relevantes discussões não apenas políticas

---

<sup>18</sup> Boaventura de Souza Santos, ao tratar sobre as formas de poder explica que, “todas as formas de poder são trocas desiguais. Formas diferentes de troca desigual dão origem a formas diferentes de poder. Distingo seis formas de poder que circulam nas sociedades capitalistas. Todas elas tendem a estar presentes, de um ou de outro modo, em todos os campos sociais, mas cada um tem um nicho privilegiado num dos seis espaços estruturais.” Para fins do presente estudo, dentro da divisão proposta pelo autor, a análise está circunscrita a forma de poder, entendida como dominação, ou seja, “é a forma de poder privilegiada no espaço da cidadania. É a única forma de poder que tanto a teoria política liberal como a teoria marxista clássica consideram como poder político, isto é, poder gerado no sistema político e centrado no Estado.”(SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência.p.288)

<sup>19</sup> O autor ainda afirma que, “as palavras para o direito tem o significado que este lhes empresta. Variam as acepções de acordo com o sentido que o constituinte lhes atribui. A expressão “poder” não escapa a essa regra. São vários os seus significados.” (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p.117.)

<sup>20</sup> Onde está a sociedade está o direito; onde está o direito está a sociedade.

<sup>21</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.p.49.

mas, principalmente, jurídicas, por tratarem das relações de poder ao longo da história<sup>22</sup>.

Com isso, numa análise em que se pretenda delinear os contornos pelos quais o poder político passou a ser objeto de controle, não se pode deixar de considerar, a princípio, o desenvolvimento da sociedade com a formação do Estado<sup>23</sup> e os modelos adotados<sup>24</sup>, visto que qualquer justificção racional envolvendo tal matéria requer uma análise desta natureza, pois, conforme Rogério Gesta Leal<sup>25</sup>, “não recorrer a história significa realizar estudos parciais, limitados a determinados âmbitos de sua realidade, como o jurídico, o político, o social.”

Ademais, para que uma organização social se mantenha, é necessário o reconhecimento de uma ordem a qual os homens estejam vinculados para uma vida social pacífica<sup>26</sup>, o que impõe a necessidade de que aqueles que conduzirão as decisões capazes de afetar o interesse público<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Gabriel Chalita destaca quanto a isso que, “Cientistas políticos e sociais, psicólogos, antropólogos, historiadores, juristas e filósofos estudam há séculos este fascinante tema. Poetas, dramaturgos e romancistas se valeram da discussão do poder como suporte para a construção de obras imortais. Maquiavel, Montesquieu, Locke, Michel Foucault, Bertrand Russell, entre inúmeros outros pensadores, ocuparam-se de discutir as características do poder, desvendar as maneiras de obtê-lo, questionar a sua legitimidade”. (CHALITA, Gabriel. **O Poder**. p.01).

<sup>23</sup> De acordo com Celso Ribeiro Bastos, “Estado significa um organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.p.35).

<sup>24</sup> João Ribeiro Junior, ressalta que, “não se pode confundir, pois, sociedade e Estado, porque este é um estágio evoluído daquela, uma forma em que o agrupamento social adquire completa consciência de sua autodeterminação. Nem toda sociedade é Estado, porque este só se constitui quando aquela possui condições peculiares, isto é, quando o agrupamento social tem tal maturidade que se afirma com governo próprio frente a outros grupos.” (RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Acadêmica, 1995.p.17).

<sup>25</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.p.33

<sup>26</sup> Quanto a isso, é válido destacar a lição de Thomas Hobbes, para quem, “os homens, almejando conseguir a paz, e através dela sua própria conservação, criaram um Homem Artificial chamado Estado, criaram também, Cárceres Artificiais, chamadas Leis Civis, que mediante pactos mútuos, ficam presos, por uma das extremidades, ao Homem ou à Assembléia a quem confiaram o Poder Soberano, e por outra, a seus próprios Ouvidos.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p.155)

<sup>27</sup> Ana Beatriz Vieira da Luz, destaca que, “as teorias liberais, individualistas, substituíram a noção de bem comum pela idéia de interesses gerais, passando a considerar o interesse público como a soma dos bens e interesses individuais, notadamente os direito civis da burguesia. Perdeu-se, dessa forma, a noção filosófica e moral de bem comum, voltada a princípios de solidariedade social, ao que é bom e não ao que é útil, na qual cabia ao Estado assegurar condições públicas normais e estáveis para que os indivíduos e suas famílias pudessem levar uma vida digna, normal

estejam sujeitos a alguns limites previamente estabelecidos, evitando, desta maneira, o arbítrio.

Neste ensejo, torna-se imperiosa a contextualização referente às mudanças dos chamados paradigmas estatais no âmbito da Administração Pública, os quais, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho<sup>28</sup>, podem ser considerados como, “consensos científicos enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo”.

A partir de uma análise quanto aos modelos adotados, poderão ser observadas as paulatinas modificações estruturais que foram sendo reveladas, justamente, na maneira pela qual foram impostas determinadas restrições ao administrador público, tornando real a possibilidade de controle sobre seus atos.

Isto porque, de acordo com Montesquieu<sup>29</sup>, “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites.” Para tanto, é necessário que o poder controle o poder, impondo limites, especialmente quanto se trata da atuação administrativa.

Sendo assim, não há como negar que os modelos de Estado adotados influenciaram diretamente na limitação do poder político ao longo da história, até porque, conforme Celso Ribeiro Bastos<sup>30</sup>, “O Estado, uma vez entendido como uma forma específica de sociedade política, nada mais é do que o resultado de uma longa evolução no modo de organização do poder.”

Assim, enquanto resultado das transformações pelas quais passou a sociedade política e diante desta perspectiva de alteração de

---

e feliz segundo as leis de Deus.” (LUZ, Ana Beatriz Vieira da. **Interesse Público: visão contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.p.27.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina,1995. p. 06.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília,1995.p.118.

<sup>30</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**.p.05.

paradigmas, é que se deve considerar os modelos de Estado, enquanto marcos que produziram reflexos na Administração Pública.

Os modelos de Estado que foram desenvolvidos traduzem os pilares sobre os quais o direito, e o próprio exercício do poder se realiza, de modo que, cada modificação que se opera representa a necessidade de sua atualização às necessidades da sociedade.

Neste sentido, válido destacar Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto<sup>31</sup>, ao mencionar os estudos de Ilya Prigogine sobre a chamada “teoria das estruturantes dissipativas” e o “princípio da ordem através de flutuações”, as quais, segundo ele,

estabelecem que em sistemas abertos, ou seja, em sistemas que funcionam nas margens da estabilidade, a evolução explica-se por flutuações de energia, que em determinados momentos, nunca inteiramente previsíveis, desencadeiam espontaneamente reações que, por via de mecanismos não lineares, pressionam o sistema para além de um limite máximo de instabilidade e o conduzem a um novo estado macroscópico. Esta transformação irreversível e termodinâmica é o resultado da interação de processos microscópicos segundo uma lógica de auto organização numa situação de não-equilíbrio. A situação de bifurcação, ou seja, o ponto crítico em que a mínima flutuação de energia pode conduzir a um novo estado, representa a potencialidade do sistema em ser atraído para um novo estado de menor entropia. Deste modo a irreversibilidade nos sistemas abertos significa que estes são produtos da sua história.

A partir disso, resta claro que, a instabilidade das estruturas sobre as quais se estabelece o modelo de Estado, instabiliza o próprio modelo em si mesmo. Quanto aos Poderes Públicos isto se verifica por gerar reflexos quanto ao alcance e os limites da atuação administrativa. Nas palavras de Thiago Lima

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. Ciência e Direito Constitucional: O Caminho do Estado Democrático de Direito. In: NUNES, Antonio Jose Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [Orgs.] **Diálogos Constitucionais**: Brasil/ Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.251.

Breus<sup>32</sup>, “isso revela que a cada momento histórico a sua denominação é ressignificada e, a cada novo sentido, ao Estado são infligido novos adjetivos.”

Cumprido, contudo, destacar que, em particular na história dos modelos brasileiros, não se chegou a vivenciar propriamente, de maneira progressiva e gradual uma transição pautada numa estabilização de cada um dos modelos. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto<sup>33</sup> assevera que, a história constitucional do Brasil “é marcada por passagens truncadas, com avanços e recuos mútuos e complementares dos modelos liberal, social e democrático.”

Entretanto, não há como negar a influência que cada modelo operou no desenvolvimento do que hoje se vivencia, porque foi através de uma mudança ocorrida na mentalidade social que trouxe a necessidade de novos mecanismos de legitimação os quais, impõem progressivamente uma maior participação popular nas decisões gerais e contém a limitação necessária para uma administração pública racional.

Isto porque, conforme Ricardo Cunha Chimenti<sup>34</sup>, “O poder não é capaz de autolimitar-se, tende a crescer ou buscar a geração de mais poder”. Assim, através da conquista gradual dos direitos fundamentais<sup>35</sup>, imprime-se, no ordenamento jurídico a necessidade de que sejam respeitados e observados, pelo administrador público, como forma de legitimação do poder e de seu exercício.

---

<sup>32</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.55.

<sup>33</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. Ciência e Direito Constitucional: O Caminho do Estado Democrático de Direito. In: NUNES, Antonio Jose Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [Orgs.] **Diálogos Constitucionais**: Brasil/ Portugal.p.287.

<sup>34</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. [et.al]. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.01.

<sup>35</sup> Marcos Leite Garcia explica que, “Esse processo de formação ideal dos direitos fundamentais é iniciado na época que o professor Peces-Barba chama de *trânsito à modernidade*. Para o autor espanhol, os direitos fundamentais são um conceito do mundo moderno resultantes exatamente das condições que surgem justamente nesta época de trânsito da Idade Média para a Idade Moderna. O trânsito a modernidade será um longo período, que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando terreno para o surgimento dos direitos fundamentais.” (GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação ideal dos direitos fundamentais. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali, 2005.p.417-450).

A sociedade, porque antecede ao Estado e este dela resulta, é quem determina a legitimidade ou não para o exercício do poder estatal, sendo assim, a conquista dos direitos fundamentais impôs uma nova postura aos atos praticados pela Administração Pública, possibilitando o controle e vinculando a satisfação dos interesses públicos, correspondendo, desta maneira, a sujeição absoluta do poder político ao regime dos direitos fundamentais. O poder conformado pelo Direito.

Especialmente no que atine a chamada discricionariedade administrativa, objeto de estudo da presente pesquisa, que será tratada adiante, entendida como uma esfera de liberdade a cargo do administrador, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa<sup>36</sup> é que residem as maiores polêmicas quanto aos limites da atuação administrativa, sendo, portanto, necessário analisar, como cada um dos paradigmas de Estado refletiu neste que redundam num dos pontos mais polêmicos do exercício do poder político.

Até porque, segundo Max Weber<sup>37</sup>, o Estado é tido como “um instituto político de atividade continuada e assim o será na medida em que mantenha com êxito, no seu quadro administrativo, a pretensão ao monopólio legítimo da coação física para a manutenção da sua ordem vigente.”

Desta maneira, ao longo da história, relacionou-se de forma diversificada e muitas vezes ambígua com o contexto social o que deu origem a modelos estatais com maior ou menor intervenção nesta ordem, podendo-se afirmar, conforme Odete Medauar<sup>38</sup>, que “cada um dos adjetivos conferidos historicamente ao substantivo Estado comporta ao menos uma perspectiva teórica acerca da função, da composição e dos fins a ele colimados.”

O conjunto desses valores que vão caracterizar os diversos modelos estatais é que irá formatar as instituições da Administração Pública, bem

---

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.916.

<sup>37</sup> WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Trad.: José Medina Echavarría; Juan Parella; Eugio Imaz; Eduardo García Maínez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.p.43.

<sup>38</sup> MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.79.

como, a modulação das atividades, serviços e políticas por ela realizadas, influenciando, sobretudo, a disciplina jurídica no âmbito do Direito Administrativo, destacando-se neste capítulo, em especial o que se refere a mudança de paradigmas quanto ao controle da Administração Pública.

## 1.2 O ESTADO ABSOLUTISTA

Dentre as bases históricas sobre as quais se estruturou a noção de controle da atuação administrativa, destaca-se inicialmente o modelo de Estado Absolutista, assim chamado, conforme José Damião de Lima Trindade<sup>39</sup>, “porque os soberanos concentraram poderes políticos absolutos em suas mãos”, que imperou durante os séculos XVI e XVIII, período em que a regulamentação da vida em sociedade, portanto, encontrava-se nas mãos do soberano.

Trata-se de um momento histórico em que, conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro, houve “a perda do prestígio de que a Igreja desfrutava na Idade Média e, em conseqüência, geraram a concentração do poder nas mãos do príncipe. É dessa época o surgimento das monarquias absolutas(...)”<sup>40</sup>

Daí porque, destaca-se que o poder político concentrava-se na figura do soberano, do monarca ou do príncipe, que de acordo com Nicolau Maquiavel é quem efetivamente “tem mais autoridade, porque em toda a sua província não há quem seja reconhecido como superior a ele”.<sup>41</sup> Tal era a centralização de poderes que havia, que o comportamento administrativo inicialmente não estava sujeito a uma limitação ou a um controle real e efetivo.

Em momento posterior, Thomas Hobbes, destaca que à figura do administrador público “competia, portanto, ser Juiz, e prescrever as Regras para distinguir entre o Bem e o Mal, regras estas que são leis; em conseqüência, nele que reside o Poder Legislativo.”<sup>42</sup> Cabiam-lhe, pois, o

---

<sup>39</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.p. 32.

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.16.

<sup>41</sup> MAQUIAVEL, Nicoló. **O Príncipe**. Bauru: EDIPRO, 1994. p. 25-26.

<sup>42</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. p.151.

exercício das funções do Estado, entre as quais, a de executar, legislar e julgar os conflitos possivelmente existentes.

Otfried Hoffe<sup>43</sup>, explica que a obra de Hobbes traduz-se em uma metáfora orientadora do estado onipotente e absolutista, em que, Leviatã, o monstro marinho do livro de Jó, “representa claramente a afirmada onipotência do estado” de forma que, a legitimação do poder estava atrelada exclusivamente ao conceito de dominação.

Foi sob o império das monarquias absolutistas e sob a lógica da dominação que se desenvolveu a primeira etapa do Estado Moderno, conhecida como Estado de Polícia, representando, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>44</sup>,

um período da história em que o direito público ficou na penumbra, pois se esgotava em um único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).

Especificamente no que se refere a discricionariedade, na época, compunha a regra da atuação administrativa, sem que houvesse qualquer mecanismo de controle sobre os critérios de oportunidade e conveniência do administrador público.

José Damião de Lima Trindade<sup>45</sup>, explica que, o rei, nos séculos XVI e XVIII, “adquiriu o costume, para obter dinheiro, de vender as funções públicas – sobretudo as judiciais, mas também as financeiras, militares, administrativas e municipais”, agindo como verdadeiro senhor de tudo e todos que lhe estivessem submissos.

---

<sup>43</sup> HOFFE, Otfried. **Justiça Política**. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.p.16.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.18.

<sup>45</sup> TRINDADE, José Damião de Lima.**História Social dos Direitos Humanos**. p. 30.

Por esta razão, conforme explica Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>46</sup>,

os monarcas nunca poderiam ser responsabilizados por qualquer atitude cometida em nome do poder que detinham como soberanos, postulado este que oferecia sustentação a Teoria da Irresponsabilidade, vigente à época, baseada no postulado de que *the king do no wrong* (o rei não erra) ou ainda, *le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal).

Trata-se de um quadro político, em que, segundo Sérgio Augustin<sup>47</sup>, pode-se afirmar que,

a vontade do soberano perfazia a vontade do Estado, sem que estivesse sujeita a qualquer espécie de controle. A investidura no Poder Estatal, naquele período, era posta como uma dádiva de Deus, restando afastada qualquer possibilidade de erro. Sem a possibilidade de errar, os atos estatais não eram passíveis de controle.

Na verdade, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>48</sup>, pode-se afirmar que

se torna mais nítido um estudo histórico sobre a atuação discricionária da Administração Pública e suas técnicas de controle quando se efetua uma remissão ao Estado Moderno que se iniciou após o fim do Renascimento, no século XVI. Explica-se esta afirmação pelo fato de que foi neste novo contexto político onde, clara e indiscutivelmente, se observou uma paulatina submissão do Poder público à lei e uma conseqüente proteção estatal aos direitos das pessoas, porém ainda em caráter incipiente.

Com a formação do Estado Moderno e a criação de leis próprias, muito lentamente os comportamentos arbitrários perpetrados pelo soberano vão sendo submetidos a uma ordem, ressalta-se contudo, a lição de

---

<sup>46</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.01.

<sup>47</sup> AUGUSTÍN, Sérgio. **O controle jurisdicional dos atos de governo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2002.p.02.

<sup>48</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2006. p.36-37.

Gustavo Zagrebelski, para quem, “no habiendo sido descartada a soberania del rey sino habiendo cambiado solamente el modo de su ejercicio,”<sup>49</sup>

No mesmo sentido, João Ribeiro Junior<sup>50</sup>, afirma que,

no plano institucional bem pouco mudou na passagem do antigo para o novo regime; pelo contrário os traços essenciais do Estado moderno foram ulteriormente aperfeiçoados e reforçados, em correspondência com o progressivo caráter técnico assumido pelo governo e pela administração (...).

Há, portanto, nesta transição até o Estado Moderno, uma modificação atinente ao processo de legitimação, ou dominação do poder, pois, de acordo com Paulo Marcio Cruz<sup>51</sup> ocorre,

um processo de diferenciação estrutural e especialização funcional, significando a ruptura da ordem política tradicional, baseada na legitimação dos governantes por vinculação a poderes superiores à sua própria Sociedade, tais como deuses ou destino. Com o desenvolvimento do Estado a legitimação passa a se basear no consenso de massas e na responsabilidade ante elas de seus governantes.

Cumprir destacar ainda, que no modelo de Estado absolutista havia uma confusão entre as questões públicas e as privadas do Soberano, assim também ocorrendo em relação ao seu patrimônio, vigorando, neste período, de acordo com Luiz Carlos Bresser Pereira<sup>52</sup>, o chamado patrimonialismo<sup>53</sup>, que vem a significar “a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e os seus bens privados.”

---

<sup>49</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005.p.71. “Não havendo sido descartada a soberania do rei, mas mudando somente o modo de seu exercício.”(Tradução livre da autora)

<sup>50</sup> RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. p.178

<sup>51</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**.p. 78

<sup>52</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado e a administração pública gerencial**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1996.p. 26

<sup>53</sup> A categoria teórica patrimonialismo, criada por Max Weber é aqui compreendida como patrimonialismo estatal, nos termos trabalhados pelo autor brasileiro Raymundo Faoro acerca do modelo pré-burocrático do Brasil. Vide: FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. v.2. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000.

Por estas razões, ainda no Período Medieval foi elaborada pelos juristas do reino, a chamada doutrina da coroa, segundo a qual, conforme Eduardo Garcia Enterría e Tomás Ramón Fernandes<sup>54</sup>, “a Coroa era um centro de imputação e produção de atos de cunho jurídico-político diferenciados e superiores ao próprio Rei (...)”.

Desta maneira, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>55</sup>,

a coroa passava a ser uma pessoa jurídica diferente da pessoa física do Rei o qual era somente um representante seu. Portanto, com este artifício tornava-se possível separar os bens próprios do príncipe dos bens da Coroa sendo que estes se configuravam como um dote, ou seja, um patrimônio separado que o Rei podia administrar mas não alienar e nem dispor.

Ultrapassada esta primeira fase, em que se esboçava a possibilidade de distinção entre os assuntos do Estado e os relativos ao Rei, a partir do movimento iluminista<sup>56</sup> pautado em ideais tendentes a estimular a luta da razão contra a autoridade, desenvolve-se a chamada Teoria do Fisco, em consonância com a qual, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>57</sup>,

o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em conseqüência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.

---

<sup>54</sup> ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.303.

<sup>55</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. p.38.

<sup>56</sup> Quanto ao movimento iluminista, é aqui entendido, como um “movimento de idéias cujas origens remontam ao século XV, embora tenha ele atingido o seu apogeu no decorrer do século XVIII, o “século das luzes”. Fundamentalmente, este movimento visava a estimular a luta da razão contra a autoridade (entenda-se autoritarismo) num confronto da luz com as trevas.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p.39).

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.18.

Com isso, inicia-se um processo de distinção entre os assuntos afetos exclusivamente ao soberano, e os que eram afetos ao Estado, que inobstante, prosseguiam sem que houvessem limitações precisas estabelecidas pela lei, de modo que o que se verifica é tão somente um abrandamento do sistema até então vigente, e não propriamente a sua extinção.

Isto porque, até então, a Administração Pública não estava submetida, de maneira geral, a nenhum tipo de norma que não emanasse do próprio rei, pois os 'direitos' conferidos aos cidadãos, eram tratados como concessões do próprio soberano.

De qualquer forma, segundo João Ribeiro Junior<sup>58</sup> tem-se lentamente,

um processo mais geral de formalização do próprio Estado para o qual se tornava cada vez menos necessária a personificação na figura do monarca e sempre mais indispensável a conotação abstrata dentro de esquemas logicamente sem objeção e convencionais, o principal dos quais era exatamente a lei, a norma jurídica.

Sendo assim, neste momento, já se pode constatar conforme Rogério Gesta Leal<sup>59</sup> que “o modelo de organização social mediado pelo Estado em um determinado espaço físico vem instituir um cenário de representação oficial do poder”, em outras palavras, delinea-se uma tentativa de organizar um “conceito de Estado como uma estrutura de poder impessoal e legalmente circunscrita com novo plexo de direitos, obrigações e deveres dos indivíduos”<sup>60</sup>.

Com isto, verifica-se, uma paulatina desvinculação da Administração Pública com a figura do monarca, direcionando o modelo de Estado, segundo condições que imporiam uma lógica pautada na legalidade e na

---

<sup>58</sup> RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. p.178

<sup>59</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. p.61.

<sup>60</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. p.61.

institucionalização do poder por meio de um ordenamento jurídico unitário e igualitário.

### 1.3 O ESTADO LIBERAL

Diante da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, constata-se a existência de modificações relevantes no que se refere à Administração Pública e as formas de exercício do controle do poder, até mesmo, como forma de reação ao modelo de Estado que imperava, até então.

De acordo como José Damião de Lima Trindade<sup>61</sup>,

se a idéia de privilégio não pode ser acolhida pela razão, há que se construir uma sociedade constituída por indivíduos livres e iguais, cidadãos (não súditos), todos sujeitos de direitos, submetidos a leis comuns para todos, clamando a nação a soberania para si, não mais para um monarca detentor do poder absoluto.

Com base neste pensamento, é que o modelo de Estado Absolutista deixa de ser compreendido como modelo de legitimação ideal do poder político, e que, de acordo com Michel Mialle<sup>62</sup>, “ (...) deixará de haver rei no cume da pirâmide para governar os homens, mas a expressão da sua vontade geral, isto é, a lei.”

Neste contexto, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>63</sup>,

na segunda etapa do Estado Moderno, instaurou-se o chamado Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. É da mesma época o constitucionalismo, que vê na Constituição um instrumento de garantia da liberdade do homem, na medida em que impõe limites às prerrogativas dos governantes.

---

<sup>61</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. p.38.

<sup>62</sup> MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.p.265.

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.21.

Da mesma forma, de acordo com Luigi Ferrajoli<sup>64</sup>, pode-se compreender o Estado de Direito

como um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a idéia, que remonta a Platão e Aristóteles, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito as liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido as leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas.

Trata-se, o Estado de Direito, conforme afirma Paulo Márcio Cruz<sup>65</sup>, de uma conquista oriunda das revoluções burguesas, pois,

com as revoluções inglesa, norte americana e francesa, dos séculos XVII e XVIII, as novas forças sociais burguesas liberadas pelo desenvolvimento do capitalismo consolidam seu poderio econômico e sua hegemonia social e política substituindo a Monarquia absoluta, pelo Estado Liberal.

Desta maneira, isto representa a consolidação de uma fase ulterior do Estado Moderno, representada pelo Estado de Direito, em que o princípio da legalidade passa a orientar a atividade da Administração Pública, conforme João Ribeiro Junior<sup>66</sup>.

Tem-se desta forma, o Estado Liberal como fruto dos movimentos burgueses revolucionários que, de acordo com Celso Ribeiro Bastos<sup>67</sup>, “àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de polícia.

---

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** p.687.

<sup>65</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** p.80

<sup>66</sup> RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado.** p. 178

<sup>67</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política.** p.54

Surge como idéia de força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes a vontade geral(...).”

A partir disso, consolida-se o princípio da legalidade como parâmetro da ação estatal, vinculando a Administração Pública ao cumprimento da vontade geral, expressa pela lei. Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>68</sup>, observa que, “isto permite dizer, sem nenhum receio de equívoco, que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal”.

Note-se que, o art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescreve: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”. Por outra parte, o art. 3º da Constituição Francesa da 1791 reza que, “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”.

Passa-se, pois, a compreender pela necessidade de que qualquer comportamento administrativo possua respaldo na lei, ou, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>69</sup>,

substitui-se a idéia da vontade do rei como fonte de todo o Direito pela idéia da lei como resultante da vontade geral. Adotando-se o princípio da separação de poderes, tirou-se do Poder Executivo a capacidade de ditar leis, já que estas constituem expressão da vontade geral representada pelo Parlamento; ao Executivo compete apenas editar atos singulares previamente disciplinados em lei.

Com efeito, a partir deste paradigma, o aparelhamento estatal administrativo deixa de se confundir com a figura do monarca, de modo

---

<sup>68</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p.13.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 22.

que o fundamento da legitimação do poder político passa a ser um fundamento legal, originado pelas leis criadas pelos homens.<sup>70</sup>

A partir de então, uma vez estabelecidos, através da lei, os limites na atuação do poder soberano ocorre uma alteração no fundamento de legitimação do poder, e com isso, abandona-se o modelo patrimonialista, em direção a burocracia<sup>71</sup>. Sobre o modelo burocrático, Adriana da Costa Ricardo Schier<sup>72</sup>, explica que,

é a maneira pela qual se deu a racionalização do poder público na esfera institucional. Traduz-se, assim, através de uma organização que tem por fundamento a superioridade puramente técnica sobre todos os demais tipos de organização. Nesta estrutura, então, predomina a legitimação legal.

O princípio da legalidade passa a fornecer o fundamento de legitimidade e de validade de toda a atividade administrativa, notadamente diante da teoria da tripartição dos poderes do Estado decorrente das idéias preconizadas por Montesquieu<sup>73</sup>, segundo o qual

quando em uma só pessoa ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo,

---

<sup>70</sup> Max Weber quanto a isso, analisa três tipos ideais de legitimação que identifica nas sociedades, partindo-se da premissa de que para que o Estado exista os indivíduos devem obedecer a autoridade daquele que detém o poder. Assim, haveria três formas de justificação que levam os homens a esta obediência: “legitimação tradicional - que é a autoridade do ‘ontem eterno’, isto é, dos mores santificados pelo reconhecimento inimaginavelmente antigo e da orientação habitual para o conformismo (...) o domínio exercido pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial de outrora – b) a legitimação carismática- autoridade decorrente ‘do dom da graça’ (carisma) extraordinário e pessoal, a dedicação absolutamente pessoal e a confiança pessoal na revelação, heroísmo, ou outras qualidades de liderança individual (...) domínio exercido pelo profeta ou – no campo da política- pelo senhor de guerra eleito, pelo governante publicitário, o grande demagogo ou líder do partido político – e c) a legitimação legal - que se origina ‘da fé na validade do estatuto legal e da competência funcional, baseada em regras racionalmente criadas (...) espera-se obediência no cumprimento das obrigações estatutárias. É o domínio exercido pelo ‘moderno servidor do Estado’ e por todos os portadores do poder que, sob esse aspecto, a ele se assemelham.” (WEBER, Max. A política como vocação. In: **Ensaio de sociologia política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.p. 99.)

<sup>71</sup> A palavra burocracia é aqui utilizada como modelo de organização administrativa. Trata-se de categoria entendida por Max Weber, como “instrumento de ‘socialização’ das relações de poder, a burocracia foi e é um instrumento de poder de primeira ordem- para quem controla o aparato burocrático.” (WEBER, Max. A política como vocação. In: **Ensaio de sociologia política** p. 264.)

<sup>72</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.91.

<sup>73</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. p.166.

não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Desta forma, ao Estado passa-se a aplicar a teoria da tripartição dos poderes estatais, tal como prevista no livro XI, da obra intitulada “O Espírito das Leis”, considerada como um marco teórico do Estado, porquanto consagra a separação dos poderes, enquanto limitador do arbítrio estatal.

Entretanto, há que se destacar que os avanços conquistados pelas revoluções burguesas e que caracterizaram o Estado Liberal, não se resumem a consagração do princípio da legalidade, mas passam também e principalmente, pela consagração de direitos e garantias de liberdade do cidadão estabelecendo limitações às prerrogativas dos governantes.

Cumprido destacar, que sob este paradigma de Estado, a Constituição é compreendida como um instrumento de governo, organização e limitação do poder político, onde se juridifica o Estado, que legitimado pelo Direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional.<sup>74</sup>

Dalmo de Abreu Dallari<sup>75</sup> destaca que foi, a partir de então, que se declara que,

os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Como fim da sociedade política aponta-se a conservação de direitos naturais e imprescritíveis ao homem. (...) Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é expressão da vontade geral.

---

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p. 56

<sup>75</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 150.

Quanto a isso, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>76</sup> explica que com fundamento no pensamento liberal burguês do século XVIII, afirmam-se,

direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Com isso, pode-se concluir, de acordo com Celso Ribeiro Bastos<sup>77</sup>, que,

assim, passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas.

Desta maneira, verifica-se que as matrizes do Direito Administrativo são projetadas, inicialmente, a partir do quadro político institucional do século XIX, tendo por principal objetivo a limitação do Poder do Estado em face da sociedade, ou seja, a ausência de intervenção estatal nos assuntos privados.

Verifica-se, neste momento, uma redução das funções do Estado, limitadas a questões tidas como essenciais, como a segurança interna e externa e administração da justiça, visto que sua posição era, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>78</sup>, “fundamentalmente negativa, pois ele *não* devia ofender os direitos e liberdades inalienáveis dos indivíduos, nem intervir na ordem social ou na economia”.

---

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p. 54.

<sup>77</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. p.54

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.21.

Acrescenta-se ainda, que o paradigma do princípio da legalidade, neste momento, reconhecia a possibilidade de que o Administrador Público fizesse tudo aquilo que pela lei não lhe fosse proibido, ou seja, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>79</sup>, “ a Administração podia fazer não apenas o que a lei autorizasse, mas também tudo aquilo que por ela não fosse vedado. Portanto, a discricionariedade era a regra geral da ação administrativa.”

Diante disto, não se falava na possibilidade de controle judicial dos atos da Administração, notadamente, porque, a discricionariedade era vista até então como um poder político, que conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>80</sup>, caracterizava a chamada “doutrina da vinculação negativa da Administração, já que por ela, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública.”

Com isso, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>81</sup>,

o que determinava a discricionariedade de um ato era a ausência de um direito oponível a ele por parte do seu destinatário. Não ocorrendo isto, ou seja, havendo direito lesado, este podia ser apreciado na via judicial. Caso contrário, se tal ato somente atingisse ‘interesses’ e não direitos dos destinatários, ele seria considerado como inteiramente discricionário.

Diante disso, e frente a adoção do modelo burocrático instituiu-se uma forma de controle da atividade administrativa que se exerce previamente, através da submissão do administrador público à lei. Verifica-se a possibilidade de controle não apenas quanto aos resultados, mas também quanto aos meios e procedimentos adotados.

A partir da adoção do modelo burocrático, e como consequência do procedimento juridicamente organizado, verifica-se que

---

<sup>79</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p.50.

<sup>80</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.27.

<sup>81</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p.51.

conforme Niklas Luhmann<sup>82</sup> “são substituídos os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso”, permitindo-se, o controle dos atos administrativos.

Daí porque, pode-se extrair algumas características que traduzem o perfil do modelo de Estado Liberal, assim como, suas influências sobre a Administração Pública, que servirão de base para o Estado Constitucional, os quais, conforme Rogério Gesta Leal<sup>83</sup>, traduzem-se,

a) na legalidade da Administração Pública, estabelecendo-se os recursos e mecanismos de controle correspondentes; b) reconhecimento e garantia dos Direitos Humanos que passam a figurar como Direitos Fundamentais uma vez que se incorporam em muitos textos constitucionais; c) controle de constitucionalidade das leis como garantia frente ao despotismo do Legislativo.

Desta maneira, verifica-se uma fase inicial do constitucionalismo<sup>84</sup> ocidental, com reflexos que se prestarão a orientar as noções de controle da Administração Pública, especialmente porque, a maior contribuição do Estado Liberal, neste aspecto, reside justamente no fato de conforme Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>85</sup>, ser um modelo de organização social que absorve “para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder”.

---

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.p. 31. Destaca-se que para efeito do presente estudo, adota-se a afirmação pontual do autor, sem, contudo, tomá-lo como marco teórico da pesquisa.

<sup>83</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. p.67.

<sup>84</sup> Quanto ao constitucionalismo como produto do modelo de Estado Liberal, José Joaquim Gomes Canotilho explica que, “o constitucionalismo exprime também uma ideologia: ‘o liberalismo é constitucionalismo; é o governo de leis e não dos homens’ (MC ILWAIN). A idéia constitucional deixa de ser apenas limitação do poder e a garantia dos direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa). Por isso se pode afirmar já que o constitucionalismo moderno, é sob o ponto de vista histórico, um produto da ideologia liberal.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**.p.64).

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.p.48.

Trata-se, portanto, de acordo com Renato Alessi<sup>86</sup>, do momento no qual se pode efetivamente afirmar que há a emergência do direito administrativo<sup>87</sup>, disciplinando o exercício da função pública e constituindo-se como uma garantia dos interesses e dos direitos dos cidadãos.

Ocorre, assim, a configuração de um momento histórico em que o controle do poder vem à tona como uma conquista política do corpo social em oposição às idéias absolutistas, inserindo progressivamente nos modelos de Estado a noção de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos em detrimento ao exercício ilimitado do poder, afastando desta maneira a aplicação rigorosamente objetiva das “razões de Estado”<sup>88</sup>.

Sobre isso, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>89</sup> acentua que,

até um certo ponto da História havia a nítida e correta impressão de que os homens eram esmagados pelos detentores do poder político. A partir de um certo instante começou-se a perceber que eram vergados, sacrificados, espoliados não apenas pelos detentores do Poder político, mas também pelos que o manejavam: os detentores do poder econômico.

Com base neste contexto, Daniel Sarmiento<sup>90</sup> explica que,

com o passar do tempo, tornou-se claro que a simples abstenção estatal não seria suficiente para assegurar a dignidade da vida humana. A exploração do homem pelo homem, realizada sob o

---

<sup>86</sup> ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Administrativo**. 4ª ed. Milano: Giuffré, 1978.p.25.

<sup>87</sup> Também sobre isso, Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNANDEZ explicam que, “O Direito Administrativo surgiu como uma manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo.” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p.367.)

<sup>88</sup> WEBER, Max. **A política como vocação**. In: **Ensaio de sociologia política** p. 255. Cumpre ainda destacar, que além da doutrina, também o Poder Judiciário, atualmente tem buscado afastar a aplicação das chamadas razões de Estado, conforme se pode depreender de precedente do Supremo Tribunal Federal, em decisão lavrada pelo Ministro Celso de Mello, segundo o qual “Razões de Estrado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem Constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não se legitimam com o argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder público. Precedentes.” RE – 269437/SP.

<sup>89</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.49.

<sup>90</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 154.

pálio do constitucionalismo liberal, atingiria o paroxismo, despertando a necessidade de rendimento das funções estatais. A miséria e a desigualdade social campeavam, e imperativos ético e pragmáticos passaram a impor uma atuação mais marcante do poder público na arena econômico-social.

Desta maneira, impõe-se que seja incorporado ao paradigma de Estado a necessidade de que este volte as suas atenções ao ideário social, notadamente, diante das relevantes conseqüências que passam a se apresentar por ocasião da sua postura não intervencionista.

Dentro do ciclo histórico que demonstra a evolução operada nos modelos de Estado, resta evidente que a postura de abstencionismo adotada no modelo de Estado Liberal, ocasionou uma acentuação das diferenças sócio econômicas.

Isto porque, vislumbra-se que o reconhecimento de direitos de maneira meramente formal não representava uma adoção concreta de medidas por parte do poder estatal, visto que se resumia ao estritamente indispensável para a manutenção da ordem social.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>91</sup>, destaca que,

o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Note-se, que Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>92</sup>, também observa, neste período, a existência de “conseqüências funestas no âmbito econômico e social”, o que acabou por ocasionar a transformação de grandes empresas em grandes monopólios, fazendo surgir, “uma nova classe social – o

---

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 55.

<sup>92</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. p.28.

proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tende a acentuar-se com o não - intervencionismo estatal”.

Diante disso, a estrutura do Estado passa novamente por uma reformulação tendente a adaptá-lo ao contexto social, reprojetoando seus compromissos e aproximando as esferas públicas e privadas, através do ideário do modelo de Estado Social.

#### **1.4 O ESTADO SOCIAL**

Exatamente em decorrência do que foi anteriormente tratado, que se verifica uma nova mudança no paradigma de Estado, tendo em vista, especialmente as reações surgidas em face do Estado Liberal, consolidando o modelo de Estado Social, a partir da Segunda Guerra Mundial, segundo João Ribeiro Junior<sup>93</sup>, “em resposta direta às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes”.

Através disto, os Poderes Públicos instituídos chamam para si a responsabilidade de implementar, de acordo com Rogério Gesta Leal<sup>94</sup>,

uma tutela política mais eficaz, de natureza mais coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas.

Assim, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>95</sup>, não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, mas sim, “atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos(...)”.

---

<sup>93</sup> RIBEIRO JÚNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**.p.179.

<sup>94</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. p. 69.

<sup>95</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.29.

Veja-se que, sobre isso, Paulo Márcio Cruz<sup>96</sup> explica que o “Estado Social intervém na economia e na sociedade com o fim de estimular o desenvolvimento e proporcionar, com mecanismos reguladores e de Seguridade Social, condições de vida mínimas à grande maioria da população.”

A noção que passa a ser aplicada é a de assegurar a liberdade, entretanto, de modo que isto ocorra por intermédio das ações do Estado garantindo-se, que seja assegurado o preceito de igualdade entre os homens, tal como proclamado pela Revolução Francesa, através de uma postura ativa do Estado.

Tem-se, desta maneira, o início de uma fase da história que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social decorrente do Estado Social, que surge após a primeira guerra e se firma após a segunda, intervindo na economia, compensando desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais.

Exatamente, neste ponto, é que se destaca a relevância dos direitos sociais, como direitos fundamentais, pois, conforme Andreas Krell<sup>97</sup>, “depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os direitos da “segunda geração” surgiram(...)”, e através deles decorreram as idéias de socialização e de fortalecimento do Poder Executivo, tendo em vista as atribuições que passam a cargo do Estado.

A partir da incorporação dos direitos de segunda geração nas Constituições, verificou-se que teoricamente, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>98</sup>, o Estado Social de Direito representou, dentro os paradigmas de Estado, “o modelo mais avançado de progresso, a exhibir a própria evolução espiritual da espécie humana” pela preocupação com a satisfação de direitos fundamentais.

---

<sup>96</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. p.84.

<sup>97</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.p. 19.

<sup>98</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.p.49.

Este paradigma de Estado, em que pese acrescente às suas finalidades a observância dos direitos fundamentais de índole social, não pode ser considerado incompatível com o modelo adotado anteriormente, pois, de acordo com Gregório Peces Barba Martinez<sup>99</sup>,

a lo largo Del siglo XIX se irán configurando las líneas de una ideología que es la del Estado social, que tiene como uno de sus núcleos centrales a los derechos sociales. Es un punto de vista que no es contradictorio con los valores de la revolución liberal, ni con las instituciones parlamentario- representativas que van surgiendo, y que pretende insertar a los derechos sociales en la teoría de los derechos humanos, que ha crecido en la modernidad en esas mismas perspectivas, como derechos individuales e civiles.

A partir disto, surgem os denominados direitos de segunda geração, os quais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>100</sup>,

caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

A realização de todos estes direitos representou, inquestionavelmente, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>101</sup>, “o acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor”, trazendo como consequência imediata o fortalecimento do Poder Executivo que acabou

---

<sup>99</sup> MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1995. p. 21. “Ao longo do século XIX vão se configurando as linhas de uma ideologia que é a do Estado Social, que tem como um de seus núcleos centrais os direitos sociais. É um ponto de vista que não é contraditório com os valores da revolução liberal, nem com as instituições parlamentares representativas que vão surgindo, que pretende inserir os direitos sociais na teoria dos direitos humanos que tem crescido na modernidade nessas mesmas perspectivas, como direitos individuais e civis.” (Tradução livre da autora)

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p.55.

<sup>101</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 31.

assumindo a responsabilidade, tendo em vista o aumento da gama de serviços públicos<sup>102</sup>, de satisfazer os interesses da coletividade.

Desta forma, o grande volume de atribuições conferidas ao Estado fez com que o direito administrativo apresentasse um significativo crescimento visto que, de acordo com João Ribeiro Junior<sup>103</sup>, verifica-se, “uma retomada por parte do Estado e do seu aparelho, de uma função de gestão direta da ordem social, mas, sobretudo da ordem econômica” e, através disto, “a Administração, a quem foram atribuídas, na ideologia do Estado de Direito, uma função marginal e subsidiária (...) reconquistou de tal modo a antiga importância”.

Num primeiro momento, isto significa, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>104</sup>, a existência de um “Poder Executivo fortalecido”, e que segundo ela, “produziu um direito administrativo em que o equilíbrio direitos individuais – prerrogativas públicas pende para o lado destas últimas.”

Rogério Gesta Leal<sup>105</sup>, da mesma maneira vislumbra que,

ao se exigir no Estado Social de Direito um movimento mais ativo e contundente dos Poderes instituídos no sentido de propiciar maior bem estar à Sociedade, historicamente, este Poder tem-se revelado como sendo o Executivo, importa lembrar (...) que isto não pode ser confundido com o exercício de um Poder incontrolado, mas com o exercício partilhado das ações estatais.

Entretanto, a princípio, especificamente no que concerne a discricionariedade administrativa, verifica-se, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>106</sup>, que,

---

<sup>102</sup> Serviço público entendido conforme Celso Antonio Bandeira de Mello como, “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.612)

<sup>103</sup> RIBEIRO JÚNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. p.179.

<sup>104</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.37.

<sup>105</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. p.69.

as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo a deter-se diante do mal definido mérito da atuação administrativa permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade nos limites estabelecidos em lei.

Assim, à medida que o controle judicial passa a ocorrer frente a situações arbitrárias, verifica-se que o poder conferido ao Administrador Público, por força dos preceitos do Estado Social, passa também a conter uma vinculação, uma vez que destinando a satisfazer os interesses públicos, pois, de acordo com Luiz Henrique Uquhart Cademartori<sup>107</sup>,

isto significou, na realidade, e como único avanço a extinção para efeitos de controle judicial do ato administrativo, da barreira existente entre “interesses” e direitos, podendo agora o ato ser examinado em todos os aspectos da legalidade. Isto porque se incorporou a ele um novo pressuposto na sua estrutura, qual seja, o da *finalidade*, pressuposto este que passou a ser, repita-se, exigência de ordem legal e não moral, na conformação destes atos.

Esta nova ruptura paradigmática que acrescenta ao Estado uma finalidade social faz com que, conforme Marcelo Cattoni de Oliveira<sup>108</sup>, o direito passe a ser interpretado “como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (...), bem como de programas de fins realizáveis no, “limite do possível””.

Toda essa influência que acrescenta ao direito a noção de justiça, precisamente de justiça social, decorre, de acordo com Luiz Werneck Vianna<sup>109</sup>, das discussões que existiriam primeiramente nas relações de trabalho, de modo que, segundo ele,

---

<sup>106</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.38.

<sup>107</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p.58.

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**.p.59.

<sup>109</sup> VIANNA, Luiz Werneck. [et al.] **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan,1999.p.15.

o Direito do Trabalho infiltrou no campo do direito um argumento de justiça, presença bizarra na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, que procurava compensar, por meio da regulação jurídica, a parte “economicamente desfavorecida” nas relações contratadas entre empregadores e empregados. A criação desse direito novo envolverá, assim, uma revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal, conferindo a ela um viés igualitário por meio da publicização da esfera privada.”

Assim, a incorporação desta preocupação com a justiça social procura remover a influência negativa deixada pelo paradigma liberal, de modo a incluir mecanismos de proteção através da programação de políticas públicas que visam atender os direitos sociais consagrados nas Constituições.

Neste aspecto, esta transformação opera, de acordo com Luiz Werneck Vianna<sup>110</sup>, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, a necessidade de exercitar “um novo papel”, ocasionando, segundo ele, repercussões,

sobre as relações entre os poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às de “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”.

Diante disso, de acordo com Marcelo Cattoni de Oliveira<sup>111</sup>, tem-se que,

sob o paradigma do Estado Social, assim como os direitos fundamentais, o princípio da separação de poderes é reinterpretado. Nesse contexto caberia falar em funções do Estado e não em separação de poderes, já que não haveria propriamente uma atribuição de diferentes competências a órgãos distintos, mas sim a de funções a órgãos distintos que as exercem cooperativamente, na unidade da soberania estatal.

---

<sup>110</sup> VIANNA, Luiz Werneck. [et al.] **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**.p.20-21.

<sup>111</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. p. 60

Desta maneira, ao Poder Judiciário, neste momento, já se impõe uma função mais ativa no sentido de garantir a satisfação dos direitos fundamentais sociais por parte do Poder Executivo, além das diretrizes previstas pelo legislador ordinário, pois, de acordo com Jorge Hage<sup>112</sup>,

as normas de princípios fundamentais – como os direitos fundamentais – que agora perpassam a ordem jurídica requerem uma leitura construtiva do caso individual, sensível ao contexto, e referida ao sistema como um todo. E isso aumenta o poder do Judiciário.

Ademais, verifica-se que, neste paradigma de Estado, a fim de proporcionar o atendimento das inúmeras demandas sociais ocasionadas, sobremaneira, como reflexo do modelo de Estado anterior, conforme Rogério Gesta Leal<sup>113</sup>, “o Estado necessita angariar recursos para a implementação de suas ações ou políticas públicas, oportunidade em que vai buscá-los junto a iniciativa privada, em especial pela forma de tributos e políticas fiscais.”

Isto ocorre também, quanto ao exercício da função administrativa, pois, segundo Vital Moreira<sup>114</sup>, percebe-se que,

o Estado Social contemporâneo não é somente aquele em que a administração assumiu funções econômicas e sociais, antigamente reservadas à sociedade; é também aquele em que as organizações sociais tomam parte em tarefas administrativas anteriormente consideradas monopólio do Estado.

Diante deste quadro, verifica-se a necessidade de ampliação das estruturas estatais, a partir de técnicas de repartição de competências, como a descentralização, através da qual, de acordo com Odete Medauar<sup>115</sup>, ocorre a “transferência de poderes de decisão de matéria específicas a entes dotados de personalidade jurídica”.

---

<sup>112</sup> HAGE, Jorge. **Omissão Constitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.p.93.

<sup>113</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Sociais no Brasil**. p.73.

<sup>114</sup> MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Lisboa: Coimbra Editora. 1997.p. 25.

<sup>115</sup> MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**.7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003,p. 62.

Isto ocorre uma vez que o Estado passa a ocupar-se de uma multiplicidade de assuntos, assumindo funções dirigentes e arvorando-se no papel de principal diretriz da vida comunitária, de modo que, segundo Carlos Ari Sundfeld, pode-se falar no advento do chamado Estado Empresário.

Contudo, partindo-se da premissa de que as necessidades humanas são infindáveis e que os recursos públicos necessários para atendê-las são finitos, logo se verificou o início da crise do Estado Social<sup>116</sup>, que conforme Américo Bedê Freire Junior<sup>117</sup>, “passa a ser perceptível a partir do momento em que se nota uma gradual predominância da razão mercadológica (nova *Lex Mercatoria*) em detrimento das garantias sociais”.

Desta forma, diversos fatores como o fim da Guerra Fria, a formação de entidades transnacionais, revoluções tecnológicas e dos mercados financeiros que conduziram a globalização econômica, impuseram a abertura dos Estados ao mercado internacional, e somados ao acréscimo excessivo das demandas sociais acarretaram a impossibilidade do Estado Social atendê-las.

Quanto a isto, inclusive Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>118</sup>, acrescenta que, a partir deste modelo de Estado, vislumbra-se que o rol de atividades assumidas pelo Estado como serviço público, “cresceu de tal modo que, ao abranger atividades de natureza social e econômica, antes reservadas aos particulares, levou a uma crise na noção de serviço público.”

---

<sup>116</sup> De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, “ Com a crise econômica mundial dos anos 70, após os dois choques do petróleo, em 1973 e 1977, e o rompimento do sistema de equilíbrio cambial firmado pelo Acordo em Bretton-Woods, que definiria a configuração do cenário político-econômico internacional durante a Guerra Fria, em 1979, encerrava-se um ciclo da vida político-econômico do mundo e junto com ele a era de outro que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.01)

<sup>117</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.26.

<sup>118</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 34.

Esta situação de acréscimo das demandas sociais e ausência de recursos e estrutura administrativa suficiente, fez com que segundo Daniel Sarmiento<sup>119</sup>,

os direitos sociais e as promessas de mudança dos *status quo*, solenemente proclamadas nos textos constitucionais, raramente saem do papel para o mundo real, e permanecem despidos de efetividade, seja em virtude da carência de condições materiais necessárias ao seu cumprimento, seja em razão da crônica ausência de vontade política dos “donos do poder” para modificar as nossas esclerosadas estruturas sociais.

Passa-se a perceber, então, que os compromissos assumidos pelo paradigma de Estado Social, em que pese em nível teórico representem um modelo ideal para assegurar os direitos fundamentais sociais, na prática, refletem uma dificuldade concreta de cumprimento.

Cresce então, a visão apregoada pela doutrina neoliberal, racionalizando economicamente os pressupostos da Administração Pública ocasionando um corte entre o econômico e o social, que deixa de ser entendido como prioritário.

Neste contexto, verifica-se de acordo com Thiago Lima Breus<sup>120</sup>, que com vistas à “redução da ineficiência e do desperdício, em todo o mundo passaram a ser realizados programas de privatização das empresas estatais, buscando reduzir o âmbito do Estado.”

Sobre esse processo de privatização das atividades estatais, Thiago Lima Breus<sup>121</sup> prossegue afirmando que,

encontra seu lado mais sombrio quando se passa a entender que, o Estado deixa de realizar prestações voltadas para o atendimento

---

<sup>119</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. p. 159.

<sup>120</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. p.76.

<sup>121</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. p.77.

dos socialmente excluídos sob o pretexto de que os direitos que dão substrato a essas prestações positivas sobrecarregam a economia e tornam o Estado ineficiente e paternalista.

Entretanto, de acordo com Pierre Bordieu<sup>122</sup>, na esteira da globalização econômica, o neoliberalismo se impõe enquanto ideologia que se pretende dominante, justamente determinando uma alteração quanto aos valores sociais. Assim, o homem, que no liberalismo só era reconhecido como sujeito de direitos e que no Estado Social havia conquistado o direito de ser proclamado como indivíduo concreto, no neoliberalismo, depende do status de consumidor para adquirir o status de humanidade.

Trata-se de um momento em que as questões sociais são deixadas a cargo da iniciativa privada, e que revela uma verdadeira crise na noção de Estado, demonstrando a necessidade de se buscar uma mudança nos seus principais contornos, visando estabelecer novos padrões para a Administração Pública.

## 1.5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante da impossibilidade real de efetivamente concretizar o que se preconizava no modelo de Estado Social, passou-se a inserir no processo de satisfação dos direitos fundamentais, a participação popular, através da inserção de preceitos democráticos<sup>123</sup>.

Isto porque, com a crescente crise do Estado Social aliado ao surgimento de movimentos sociais que passam a denunciar as limitações das políticas públicas, bem como, as contradições entre capitalismo e socialismo,

---

<sup>122</sup> BORDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p.44.

<sup>123</sup> Destaca-se neste ponto o desenvolvimento do terceiro setor, que em que pese não seja estatal é composto por movimentos sociais, organizações não governamentais, fundações, associações e entidades de classe os quais tem por finalidade atuar no sentido de contribuir com o Estado para a realização de interesses públicos. Quanto a isso Fernando Manica explica que, “No Brasil, o Terceiro Setor pode ser concebido como o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem fins lucrativos (associações, fundações e cooperativas sociais), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).” Disponível em: [http://www.advcom.com.br/consultores\\_sociedade.htm](http://www.advcom.com.br/consultores_sociedade.htm) Acesso em 15 set 2008.

novamente, o modelo de Estado passa a reclamar uma alteração na sua estrutura.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se um regime jurídico vinculado aos valores democráticos, com regras que prescrevem o direito de participação dos cidadãos com a possibilidade de atuarem diante das tomadas de decisões do Poder público<sup>124</sup>, assim como, de controlá-las.

Clémerson Merlin Cleve<sup>125</sup> explica que, na Constituição de 1988, “a participação política é uma realidade. (...) sendo o cidadão um só, a participação e a democracia precisarão ser, igualmente, uma só. Seja no domínio do político, seja no universo do aparato administrativo.”

Começa-se, portanto, a falar em Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático, aonde de acordo com Luigi Ferrajoli<sup>126</sup>, ocorre uma alteração no modelo positivista clássico, passando os direitos fundamentais, a se incorporar ao ordenamento deste modelo de Estado,

como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y limites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

---

<sup>124</sup> A expressão Poder público é definida, segundo Luiz Henrique Cademartori, como “a esfera da atividade estatal que, através dos seus poderes instituídos, interage na ordem social com as prerrogativas que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico, o qual deve visar sempre, na sua atuação, ao interesse público.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade Administrativa**. p.29.)

<sup>125</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.p.35.

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid:Trotta, 1999.p.19. “Como direito sobre o direito, em forma de vínculos e limites jurídicos a produção jurídica. Daqui se desprende uma inovação na própria estrutura da legalidade, que é quem sabe a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação do direito positivo mesmo, não só enquanto formas de produção, mas também pelo que se refere aos conteúdos produzidos.” (Tradução livre da autora)

Essas modificações na própria estrutura do ordenamento jurídico que impõe uma nova maneira de pensar o direito, são o reflexo, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>127</sup>,

das conseqüências negativas produzidas pelo positivismo formalista (Estado Legal) e o insucesso do chamado Estado Social na conquista dos valores tão apregoados pelo liberalismo que acabaram por provocar reações no plano jurídico constitucional, em que se procuraram introduzir novas concepções pretensamente mais aptas para produzir justiça social.

Desta forma, através deste paradigma de Estado, busca-se que, os ideais de justiça estejam vinculados a Constituição Federal e a lei, submetendo-se o Estado de Direito não apenas à lei em sentido formal, mas também, a determinados preceitos que se destinam a assegurar efetivamente a realização da justiça social, ou seja, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>128</sup>, “daí hoje falar-se em Estado Democrático de Direito, que abrange dois aspectos: o da participação popular (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito).”

Neste sentido, verifica-se de acordo com Thiago Lima Breus<sup>129</sup>, a necessidade de repensar as categorias jurídicas privadas<sup>130</sup>, como a “propriedade, o contrato e a família sob os pilares erigidos pela Constituição, que permanece protegendo a autonomia privada e a liberdade, mas incorpora também os valores da igualdade substancial, da justiça social e da solidariedade.”

---

<sup>127</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 40.

<sup>128</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.40.

<sup>129</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. p. 80.

<sup>130</sup> Renan Lotufo destaca que, diante dessa perspectiva, “surge uma nova tarefa ao operador do direito, em especial do direito civil, que é proceder à releitura do sistema do Código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais, superando-se os antigos dogmas.” E prossegue afirmando que, “A norma constitucional passa a ser parte integrante do sistema civil, não apenas como regra hermenêutica mas como norma vinculante do comportamento, incidindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais, especialmente a pessoa humana.” (LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001.p.22)

Lênio Luiz Streck<sup>131</sup> explica que,

o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.

Verifica-se que a inserção de valores democráticos está vinculada a realização dos direitos fundamentais, até porque, conforme Lênio Luiz Streck<sup>132</sup> mais do que uma classificação do Estado, este modelo, “faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores”. O instrumento adotado para tanto será a Constituição<sup>133</sup> no sentido de balizar a atividade administrativa para a satisfação dos valores consagrados pelo texto constitucional.

A partir disso, Rogério Gesta Leal<sup>134</sup>, explica que,

um governo ou sociedade democrática é aquele, então, que conta e mesmo define, a partir das relações de poder estendida a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem o atendimento à demandas públicas da maior parte da população, elegidas pela própria sociedade, através de suas formas de participação/representação.

---

<sup>131</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.40.

<sup>132</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p.41.

<sup>133</sup> De acordo com Paulo Schier, “a própria idéia de Constituição já indica o seu *telos* justificador, o seu compromisso com o *ethos* da modernidade, qual seja o de ubicar o homem no centro do mundo, como produtor/interventor das relações sociais e do Direito. Fala-se isso porque o sentido da Constituição somente pode ser compreendido a partir da ética através da qual o homem crê na possibilidade de intervir, dominar e construir o seu mundo.” (SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**. Jan./Jun.2003. p.57)

<sup>134</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Sociais no Brasil**. p.63.

Com base nisto, verifica-se que ao conceito inicial de Estado de Direito foram sendo acrescentados elementos que o foram transformando ao longo da história, modificando inclusive, a forma a partir da qual a Administração Pública deve pautar a sua atuação.

Para cumprir com a proposta a que se destina o Estado Constitucional, percebe-se a necessidade de vinculação aos limites impostos pelos direitos fundamentais, onde, de acordo com Luigi Ferrajoli<sup>135</sup>,

todos los derechos fundamentales – no solo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *finés* a que esta orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.

Note-se, como bem acrescenta Marçal Justen Filho<sup>136</sup>, que as transformações operadas, a partir da inserção de valores fundamentais, como a democracia<sup>137</sup> no conceito de Estado de Direito, demonstram o próprio percurso do direito administrativo e da Administração Pública, pois segundo ele,

o percurso do direito administrativo retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia. Atualmente, não mais se admite a idéia de “ato discricionário”, reconhecendo-se que apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público. Os controles à atividade administrativa são cada vez mais amplos. É

---

<sup>135</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. p.22. “Todos os direitos fundamentais – não só os direitos sociais e as obrigações positivas que impõem ao Estado, mas também os direitos de liberdade e os correspondentes deveres negativos que limitam suas intervenções – equivalem a vínculos de substância e não de forma que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam, ao mesmo tempo, os fins a que está orientado esse moderno artificio que é o Estado Constitucional de Direito.” (Tradução livre da autora)

<sup>136</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**.p.13.

<sup>137</sup> A palavra democracia é adotada no sentido trabalhado por Arnaldo Miglino, ou seja, a democracia não é apenas procedimento, onde “alcança seu objetivo quem, mediante a dialética, persuade a maioria de que suas teses são preferíveis, não quem usa da força: seja bruta, econômica ou social. Vencem as teses tidas como melhores que as demais, não aquelas defendidas por poucos que se entendem melhores. (...) Trata-se de garantir valores que estão além do procedimento e mesmo assim o condicionam as decisões.”(MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Curitiba:Juruá, 2006.p.13).

inquestionável que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercitada de modo compatível com os princípios jurídicos fundamentais.

Esta concepção de Estado Democrático de Direito foi adotada, entre outras, pela Constituição Alemã (1949), Espanhola (1978), Portuguesa (1976) e pela Brasileira (1988), todas preconizando a observância dos direitos fundamentais.

Trata-se de um modelo de Estado que tem seu fundamento de justificação, especialmente no fato de não terem sido cumpridos, com êxito, os proclames do Estado Social<sup>138</sup>, implicando em uma reação a esta constatação, desta forma, de acordo com Américo Bedê Freire Junior<sup>139</sup>, verifica-se que, desde então,

nunca existiu tanta preocupação (ou consciência da falta de efetivação) com a efetivação da Constituição como em nossos dias. A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica.

Note-se que, quanto a isso Marcelo Neves<sup>140</sup> adverte no sentido de que, “quanto maior é a complexidade social, tornam-se mais intensas as divergências entre as expectativas em torno do texto constitucional (...)”, sendo necessária a aplicação da idéia de máxima efetividade dos valores constitucionais nos processos de interpretação e aplicação do Direito.

Trata-se, pois, da adoção da idéia de filtragem constitucional, que segundo Paulo Schier<sup>141</sup>, significa que,

toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e

---

<sup>138</sup> Lênio Streck afirma quanto a isso que, “ O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor – intervencionista próprio do Estado Social de Direito.” (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** p. 39).

<sup>139</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** p.27.

<sup>140</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994. p.83.

<sup>141</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.p.104.

necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.

Assim, deve-se considerar que as influências na Administração Pública retrataram uma nova forma de interpretação do Direito Público, justamente em decorrência da Constituição de 1988, pelo acréscimo de valores que se preocupam com a sua efetividade.

Trata-se de compreender a força normativa da Constituição que a traduz, segundo Konrad Hesse<sup>142</sup>, não apenas como “expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência”<sup>143</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>144</sup>, quanto a isso, ressalta que,

a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.

Em verdade, apresenta-se um novo momento, em que o Direito, justificado nos princípios democráticos assume, então, o lugar deixado pela eticidade pois, a ele também cumpre satisfazer as precárias condições de uma integração social.

---

<sup>142</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 15

<sup>143</sup> Paulo Ricardo Schier analisando o trabalho de Konrad Hesse destaca que para tanto “Hesse aponta três proposições: a) o reconhecimento da existência de um condicionamento recíproco entre a Constituição Jurídica e a realidade político-social; b) análise dos limites e possibilidades da Constituição Jurídica e, por fim, c) a análise dos pressupostos de eficácia da Constituição Jurídica.(...) Entretanto, embora a Constituição Jurídica não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas, que poderão ser concretizadas se existir uma vontade no sentido de sua realização.” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**. p.72).

<sup>144</sup> BARROSO, Luis Roberto [Org]. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.329.

Tem-se, a partir desta perspectiva um novo momento, também para o direito constitucional que se destaca, em nível mundial, especialmente após a Segunda Grande Guerra, e no Brasil, com a Constituição de 1988, proclamando-se, desde seu preâmbulo<sup>145</sup>, o modelo de Estado que se pretende alcançar, visando assegurar o exercício de direitos fundamentais.

A influência operada no Direito fora de tal ordem que, fez com que se redefinisse o lugar da Constituição permitindo uma interpretação diferenciada das instituições contemporâneas, aproximando-se as idéias de constitucionalismo e de democracia, produzindo verdadeiramente uma nova forma de organização política.

Isto pode ser facilmente verificado, no caso brasileiro, pois, segundo Luis Roberto Barroso<sup>146</sup>,

sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado.

Verifica-se assim, que a perspectiva teórico filosófica também passa a assumir uma nova postura na medida em que se caracteriza pela superação de modelos puros por um conjunto abrangente de idéias que podem ser enquadradas sob a definição de pós positivismo e que representam o sentimento constitucional<sup>147</sup> ora mencionado.

---

<sup>145</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 mai 2008.

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em 16 jul 2007. p. 03.

<sup>147</sup> A expressão sentimento constitucional é trabalhada por Karl Loewenstein, como “aquella consciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes politicopartidaristas, economicosociales, religiosos o de outro tipo, integra a detentadores y

As conseqüências desta mudança, ocasionadas pela superação do jusnaturalismo e pelo fracasso político do positivismo abriram as portas para uma série de reflexões sobre o Direito, que desencadearam na emergência do chamado neoconstitucionalismo(s)<sup>148</sup>, cujo significado representa uma nova cultura jurídica que pode incorporar a um só tempo, um modelo de Estado de Direito, uma teoria do Direito e uma ideologia.<sup>149</sup>

O conhecimento convencional sobre o direito constitucional passa com a emergência do neoconstitucionalismo a ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, procurando empreender uma leitura moral do Direito, sem, contudo, recorrer a categorias metafísicas.

Especialmente quanto à forma de atuação da Administração Pública neste modelo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>150</sup> destaca que,

o princípio da legalidade vem agora expressamente previsto na Constituição (...). Isto, no entanto, não significa que o constituinte tenha optado pelo mesmo formalismo originário do positivismo jurídico.(...) No preâmbulo da Constituição manifestam os representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, colocando como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Nota-se que a função administrativa está atrelada a afirmação dos princípios<sup>151</sup> constitucionais, entendidos por Paulo Bonavides<sup>152</sup>,

---

destinatários del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad (...).” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986,p.200).

<sup>148</sup> Vide obra de CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trotta: Madrid, 2003.

<sup>149</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003. p.123.

<sup>150</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 45.

<sup>151</sup> Sobre princípios, Ronald Dworkin, explica que devem ser entendidos como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.36).

como “uma espécie de consenso sobre os valores básicos da sociedade, razão pela qual servem como critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”. Desta forma, a Administração Pública encontra-se sujeita a todo o conjunto principiológico consagrado no Texto Constitucional, aos quais são atribuídos força normativa.

Portanto, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico passam a ser inspiradas por uma teoria de justiça, que, de acordo com Luis Roberto Barroso abriga, neste paradigma em construção, a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>153</sup>

É preciso que se destaque, contudo, que no Brasil, o contexto social que se apresenta não condiz em sua integralidade com o ideário constitucional, até porque, vários dos direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional não se mostram efetivos.

Nesse contexto, convém destacar Norberto Bobbio<sup>154</sup>, ao questionar, se um direito ainda pode ser chamado “direito” quando o seu reconhecimento e sua efetiva proteção são adiados *sine die*, na medida em que é confiado “à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política”.

Daí porque, se vislumbra que se o mero reconhecimento formal de direitos não garante a sua máxima efetividade, é necessário, que sejam criados mecanismos que assegurem a realização do conteúdo constitucional, através da implementação de políticas públicas adequadas e suficientes para atender as demandas sociais, vinculando o Poder público a sua realização.

---

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.p.253.

<sup>153</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 05.

<sup>154</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 78.

Nesse ambiente, constata-se que a emergência do neoconstitucionalismo, como uma nova forma de interpretar o próprio constitucionalismo, reunindo elementos que com frequência caminharam separados<sup>155</sup> quais sejam, o forte conteúdo normativo e a garantia jurisdicional dos direitos consagrados tende a disponibilizar as condições de possibilidade para uma nova interpretação constitucional.

Diante disso, caberá ao Poder Judiciário uma missão muito mais abrangente do que o julgamento de conflitos individuais, incumbindo-lhe a conciliação do texto constitucional com uma prática constitucional adequada, impedindo ações ou omissões contrárias ao texto e determinando a adoção dos mecanismos necessários e suficientes para a garantia dos direitos fundamentais.

Para tanto, será necessário, segundo Paulo Bonavides<sup>156</sup>, que ao Judiciário, não falte “juízo crítico, espírito de análise, energia, convicção e, sobretudo, consciência ética com que sustentar e propagar e defender aquele breviário de mandamentos da democracia e da justiça (...)”, cabendo-lhe, portanto, uma postura ativa, como efetivo guardião das promessas da modernidade<sup>157</sup>.

Isto ocorre porque a partir desta nova leitura do texto constitucional, verifica-se que a sua pretensão destina-se não apenas a receber a estrutura social existente, mas conformá-la, e/ou transformá-la.

Trata-se, de uma compreensão de que as constituições programáticas ou dirigentes, como a Constituição Federal de 1988<sup>158</sup>, tornam positivo na forma de regras e princípios e de diretrizes e políticas a serem

---

<sup>155</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. p.124.

<sup>156</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p.11.

<sup>157</sup> Vide GARAPÓN, Antoine. **Le Gardien de Promesses**. Paris: Odile Jacob, 1996.

<sup>158</sup> Sobre isso Paulo Ricardo Schier, explica que, “a Constituição ainda é dirigente porque estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos, que densificam uma vontade constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por conta da dirigência, é preciso ter claro que a Constituição brasileira sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro.” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. p.94).

realizados com vistas a que sejam alcançados certos objetivos, ou, como refere-se Gilberto Bercovici, da chamada “cláusula transformadora”, que explicita a contradição entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la” .

Tanto isto se vislumbra que, segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>159</sup>,

verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.

Diante destas modificações nos paradigmas de Estado e considerando o modelo de Estado Constitucional é que se passa, na seqüência, a examinar a possibilidade de controle judicial sobre os praticados pela Administração Pública, em especial, os discricionários, entre os quais se insere a categoria das políticas públicas.

## CAPÍTULO 2

---

<sup>159</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n.131, jul.set., 1996.p.283-295.

## O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

### 2.1 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Diante da perspectiva apresentada no capítulo anterior, em que se pretendeu, com algumas considerações preliminares, esboçar a influência dos modelos de Estado na Administração Pública, destacou-se em relação às demais características, a progressiva limitação no exercício do poder político.

A partir do modelo de Estado Constitucional consolida-se uma preocupação com a efetividade da Constituição e especialmente com os direitos fundamentais consagrados em seu texto, pretendo tornar a Constituição real e não meramente simbólica<sup>160</sup>.

Para tanto, o poder político, até então, encarado enquanto fim em si mesmo passa a caracterizar um instrumento colocado à disposição do administrador a fim de que através dele torne efetivo o que se encontra disposto no ordenamento constitucional.

Diante da concepção atual, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>161</sup>, entende-se que,

o poder, no direito público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal.

Diante disso, tem-se como base ideológica do direito público uma modificação estrutural que centraliza a função administrativa na satisfação de direitos fundamentais, atribuindo-se a Administração Pública o dever de atendê-los, em oposição ao uso desatado do poder, anteriormente utilizado para subjugar os interesses e os direitos dos cidadãos.

---

<sup>160</sup> Vide a obra: NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>161</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 45.

Sobre este vínculo atribuído a função administrativa, Marçal Justen Filho<sup>162</sup> destaca que,

a função produz situação passiva no sentido de que o sujeito tem deveres jurídicos a cumprir. Esses deveres se verificam em dois níveis distintos. Por um lado, o sujeito está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do sujeito transcendente. Por outro, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a satisfação do interesse transcendente. Esses deveres jurídicos são impostos no interesse da comunidade em seu todo.

Diante desta perspectiva atribuída a função administrativa que impõe ao sujeito que a realiza uma série de deveres, surge a noção de controle, especialmente porque, na Constituição Federal de 1988<sup>163</sup> vislumbra-se a existência de um esquema próprio de controle do poder inserido no seu texto, estabelecendo-se desde o art. 1º, parágrafo único, que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Quanto a isso, Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que,

em rigor, todavia, os atos de quem gere negócio de terceiro, ou seja, os expedidos por quem apenas representa o titular do Poder – que é o povo, segundo a dicção do art. 1, parágrafo único, do texto constitucional – são, acima de tudo, atos que manifestam e que cumprem deveres: os deveres de implementar a finalidade legal que os justifica.

O texto constitucional brasileiro, portanto, de modo expresso, consagra a concepção que se pretende em relação ao exercício do poder, como sendo um dever, e por isso, permite que se estabeleçam mecanismos capazes de controlar a sua utilização racional e adequada.

---

<sup>162</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.p.117.

<sup>163</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 mai 2008.

O controle<sup>164</sup> na definição de Jessé Torres Pereira Junior<sup>165</sup> significa,

o exercício de uma função política, de um dever jurídico e de uma etapa ínsita a todo processo sistêmico de trabalho. É manifestação de função política porque decorre necessariamente da Constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia e a independência entre os Poderes, coibindo-lhes os eventuais abusos. É dever jurídico porque predeterminado à produção de resultados de interesse público, que é o que se espera do funcionamento de qualquer sistema estatal em favor das populações. É também etapa necessária de um processo sistêmico de trabalho na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que a sociedade deposita nas mãos dos gestores públicos. É o devido processo legal aplicado às relações de administração entre Estado e cidadãos.

Diante disso, o controle passa a ser pautado no entendimento de que o Estado existe para servir aos interesses dos cidadãos que o compõem, de modo que a concretização material do interesse público<sup>166</sup> é o que deve conduzir a atividade do administrador, que somente se legitimará, na medida em que esteja em conformidade com as aspirações sociais.

Marçal Justen Filho<sup>167</sup>, quanto a isso explica que,

o agente estatal é um servo do povo, e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção

<sup>164</sup> Jessé Torres Pereira Junior explica que, “o sistema constitucional brasileiro vigente designa quatro vertentes de controles: o controle da Administração Pública sobre si mesma, segundo os princípios da autotutela e da tutela administrativa; o controle parlamentar, por meio de tribunais de contas, audiências públicas, pedidos de informação, convocações de autoridades e comissões parlamentares de inquérito; o controle pelos cidadãos, no exercício da ação popular e na participação em órgãos formuladores de políticas públicas; e controle judicial.” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita a lógica razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.p. 21).

<sup>165</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita a lógica razoável**.p.14.

<sup>166</sup> A palavra interesse público é aqui utilizada como sinônimo de interesse público primário, ou seja, o interesse do bem geral, em contraposição ao interesse público secundário, que se refere ao interesse da administração, conforme classificação elaborada por Renato Alessi. (ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo I.Trad.Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970)

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 734.

democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais.

Daí porque, entende-se que o direito administrativo “constitui-se, em última análise, num instrumento de controle da sociedade civil em relação as estruturas políticas exercentes da atividade administrativa<sup>168</sup>.” Trata-se, de um processo de contenção do poder no sentido de que as condutas administrativas legítimas serão aquelas que estiverem em conformidade com a lei e com os propósitos democráticos.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>169</sup> o controle surge como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”, ampliando-se também, para àquele exercido pelo cidadão, através do controle popular.

Diógenes Gasparini<sup>170</sup>, ao tratar sobre o controle entende que se trata de “vigilância e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação”. Para ele, “no primeiro caso tem-se o heterocontrole; no segundo autocontrole, ou, respectivamente, controle externo e controle interno.”

De qualquer forma, tanto no controle externo como no controle interno, a sua finalidade, dirige-se, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>171</sup>,

a assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

---

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 732.

<sup>169</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 624.

<sup>170</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.p.532.

<sup>171</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.p. 598.

Verifica-se assim, uma ampliação no âmbito de questões que podem ser objeto de controle, de maneira que, conforme Diógenes Gasparini<sup>172</sup>, “qualquer ente estatal ineficiente e desnecessário ou qualquer atividade inoportuna ou inconveniente ao interesse público deve ser modificada ou suprimida, ainda que legítima”.

Conquanto tenha tomado novos lineamentos, com esta mudança de concepção - que se destina a sepultar o autoritarismo, os desmandos e arbítrios - os propósitos democráticos, são traduzidos pela imposição de limites na atuação estatal, com a afirmação de princípios expressos ou implícitos<sup>173</sup> que pautam a função administrativa da Administração Pública.

Entende-se, assim, de acordo com Marçal Justen Filho<sup>174</sup> que, “a função administrativa se manifesta dinamicamente com o desenvolvimento de um conjunto de atividades, exigindo uma estrutura organizada e permanente de bens e pessoas”, expressando-se através da prática de atos administrativos.

Tais atos administrativos, de acordo com Odete Medauar<sup>175</sup>, podem ser compreendidos, como

um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações com observância da legalidade.

Para tanto, estes atos deverão estar pautados pela observância dos princípios correlatos à Administração Pública. Quanto a isso, Juarez Freitas<sup>176</sup> destaca que,

---

<sup>172</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 531.

<sup>173</sup> Neste sentido, Juarez Freitas, explica que, “Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como máximos vetores teleológicos para aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios).” (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.24).

<sup>174</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p.137.

<sup>175</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. p.148.

caracterizam-se os atos administrativos como aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos (incluindo os que atuam por delegação) no exercício de atividades da administração (inconfundíveis com os atos jurisdicionais ou legislativos), cuja regência, até quando envolvem atividade de exploração econômica, há de ser matizada por normas juspublicistas, pois qualquer atuação estatal somente se legitima se imantada pelos princípios fundamentais de Direito Público, que devem reger as relações jurídico administrativas.

Diante disso, sobre tais atos, passa-se a recair a incumbência de assegurar a realização do interesse público primário, na medida em que, de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>177</sup>, correspondem a uma “declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitar a controle por um órgão jurisdicional”.

Este controle, de acordo com Carmem Lucia Antunes Rocha<sup>178</sup>, acentua-se no Estado Democrático, de modo que,

o sentido e a expressão do controle das atividades estatais tende a ser uma garantia das pessoas que se fortalece cada vez mais, apurando-se em seu sistema e aperfeiçoando-se em seus instrumentos de exame e conclusão, para a eficácia dos direitos garantidos pelo Direito. Sem o controle eficiente, rápido e eficaz, os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais de todas as pessoas ficam despojados de força impositiva e de eficácia plena em sua aplicação, pelo que não basta enunciá-los e dotá-los de normatividade, sendo essencial que sejam eles controlados em sua observância.

Diante desta perspectiva todas as manifestações estatais, porque seus efeitos se espraiam não somente no âmbito do próprio Estado, mas também, nas suas relações com os cidadãos deverão observar a eficácia plena dos direitos fundamentais garantidos na ordem constitucional vigente.

---

<sup>176</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** p.209.

<sup>177</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** p.339-340.

<sup>178</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.p.140.

Trata-se de exigir que o atos da Administração Pública se realizem em obediência, segundo Juarez Freitas<sup>179</sup>,

à finalidade pública (em harmonia com a totalidade dos princípios, inclusive com o que veda a inoperância), à forma prescrita em lei (sem sucumbir a formalismos absurdos), à motivação congruente (indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos) e objeto determinável, possível e lícito.

Neste contexto, mister diferenciar, em linhas gerais, as duas espécies de atos administrativos que correspondem às categorias da vinculação e da discricionariedade administrativa, para que se possa verificar quais os limites e possibilidades do controle a ser exercido sobre os atos administrativos.

## 2.2 A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Em se tratando de controle dos atos administrativos, faz-se necessário esclarecer, desde logo, que em determinadas circunstâncias a lei impõe ao administrador público um único caminho a ser trilhado, despojando-o de liberdade decisória, enquanto que, em outras, permite que lhe seja conferido o juízo de conveniência e oportunidade na escolha dos meios.

No primeiro caso, fruto do princípio da legalidade, tem-se o ato administrativo vinculado, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>180</sup>, significa,

aquele em que por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Trata-se, de uma decorrência do próprio Estado de Direito, onde, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>181</sup>, “todos os poderes que a

---

<sup>179</sup> FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. p. 210.

<sup>180</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.410.

<sup>181</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p. 66.

Administração Pública exerce são limitados pela lei, de forma que impeça os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.” Portanto, será vinculado o poder da Administração sempre que a lei estabeleça que, diante de determinados pressupostos, a Administração deve agir de tal ou qual forma.

Por outro lado, no segundo caso, verifica-se a presença do ato administrativo discricionário que é entendido como sendo aquele em que a Administração pratica com certa margem de “liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita a lei reguladora da expedição deles”<sup>182</sup>.

Conforme destaca José Cretella Junior<sup>183</sup>, a própria denominação discricionário é entendida como sendo uma faculdade outorgada ao agente público “de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito”.

Necessário se faz mencionar, contudo, que a discricionariedade não autoriza o administrador público a agir de maneira arbitrária, especialmente em razão de que a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Daí a afirmação de que a arbitrariedade significa, “liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; enquanto que a discricionariedade representa a liberdade de ação nos limites da lei.”<sup>184</sup>

Até porque, de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>185</sup>,

porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie lei existente) seria pura

---

<sup>182</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 410.

<sup>183</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **O "Desvio de Poder" na Administração Pública**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p. 52.

<sup>184</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.**Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p. 67.

<sup>185</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p. 13.

e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois, discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>186</sup>, contudo, destaca que na discricionariedade, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, pois, “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma, dentre várias soluções possíveis (...)”.

Neste caso, mesmo diante de situações que permitam a escolha por parte do administrador sobre qual o melhor caminho a seguir, a subjetividade encontra-se balizada entre espaços permitidos pela lei, de modo que, segundo Carmem Lucia Antunes Rocha<sup>187</sup>,

a racionalidade e a razoabilidade administrativa, que se tornaram matéria jurídica, fizeram com que a subjetividade, que inicialmente se pretendia vislumbrar e aceitar como característica da discricionariedade, cedesse lugar a elementos que objetivassem a prática dos comportamentos públicos, e estes, então, pudessem ser controlados social e institucionalmente.

Daí porque, segundo Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt<sup>188</sup>, pode-se afirmar que,

como certos aspectos do ato são sempre vinculados, não há ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos estão estabelecidos em lei. Já no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos minuciosamente em lei (competência, finalidade e forma), enquanto outros são deixados para análise do agente público (motivo e objeto) com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência. Em consequência disso, o ato vinculado só é examinado sob o aspecto da legalidade, isto é, apenas contrastando com a previsão legal. O ato discricionário por sua vez pode ser analisado sob o

---

<sup>186</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 66.

<sup>187</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. p. 117.

<sup>188</sup> BIITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.p. 122.

aspecto da legalidade e do mérito (oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir).

A partir disso, verifica-se que o ato administrativo quer seja vinculado, ou mesmo discricionário será passível de controle, pois, conforme Juarez Freitas<sup>189</sup>,

ter-se-á (...) que controlar o ato administrativo como estando em maior ou menor intensidade vinculado não apenas a legalidade, senão que a totalidade dos princípios regentes da relações jurídico administrativa mormente os de vulto constitucional.

No que concerne ao ato administrativo vinculado, não existem maiores controvérsias quanto a forma de realização do controle, uma vez que será analisada a presença dos requisitos necessários à sua formação e sua conformidade com a lei.

Hely Lopes Meirelles<sup>190</sup>, explica que, “o exame dos atos administrativos revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários a sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.” Sendo estes, portanto, os aspectos<sup>191</sup> que constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário.

Marçal Justen Filho<sup>192</sup>, ao tratar sobre cada um deles explica que,

o sujeito do ato administrativo é quem o produz, que pode ser identificado como o agente. O conteúdo é aquilo que por ele é determinado ou estabelecido. A forma é o modo de exteriorização do ato. O motivo é a causa jurídica eleita pelo agente para

---

<sup>189</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** p. 213.

<sup>190</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** p. 142.

<sup>191</sup> Marçal Justen Filho explica que, “é mais adequado aludir a aspectos do ato administrativo, em vez de elementos. A palavra elementos indica a existência de partes dotadas de autonomia própria. Ora, o ato administrativo apresenta uma composição indissociável. (...) Por isso é mais apropriado falar em aspectos do ato administrativo, para deixar claro que cada ato administrativo apresenta diversas facetas, as quais estão ligadas entre si de modo indissociável.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** p. 194.)

<sup>192</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** p. 195.

produzir o ato. A finalidade é o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato.

O que ocorre é que no ato administrativo vinculado a lei disciplina todos os elementos do ato, em termos estritamente objetivos, disciplinando e “estabelecendo de antemão qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente”, para dar cumprimento a seus requisitos validamente, conforme definição de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>193</sup>.

Entretanto, prossegue<sup>194</sup> explicando que,

casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito, se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, freqüentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados, ou elásticos (...) ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador.

Nestes casos, será conferido ao administrador os critérios de conveniência e oportunidade na realização do ato, de modo que segundo adverte Eduardo Appio<sup>195</sup>, são essas as situações em que se verifica naturalmente uma propensão ao litígio, “quando se considera que a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados depende de ato de vontade do administrador público, fundado em sua capacidade de interpretação.”

Entretanto, deve-se, destacar, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>196</sup> que, “o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, forma e finalidade, a lei impõe limitações”.

---

<sup>193</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p.16.

<sup>194</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p.17.

<sup>195</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 117.

<sup>196</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p. 67.

Portanto, mesmo a prerrogativa discricionária encontra-se, também, sujeita às definições da lei, de modo que quanto a isso, Eduardo Garcia de Enterría e Ramón Fernandez<sup>197</sup>, explicam que,

se resulta que o poder é discricionário enquanto é atribuído como tal pela lei à Administração, resulta também que essa lei teve que configurar necessariamente vários elementos de tal poder e que a discricionariedade, entendida como a liberdade de apreciação pela Administração, só pode referir-se a alguns elementos, não todos, de tal poder.

Isto porque, conforme anteriormente destacado, alguns aspectos do ato administrativo serão sempre vinculados. Veja-se que, quanto à finalidade do ato, a doutrina levanta-se no sentido de que deverá ser sempre uma finalidade pública.

Quanto a isso, Hely Lopes Meirelles<sup>198</sup> explica que,

não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado - porque o direito administrativo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.

Da mesma forma, quanto ao sujeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>199</sup> explica que “não existe discricionariedade. O sujeito só pode exercer as atribuições que a lei lhe confere e não pode renunciar a elas, porque lhe foram conferidas em benefício do interesse público.”

Ainda, no que concerne a forma, verificam-se divergências na doutrina, porque para alguns os atos são sempre vinculados quanto a este aspecto, enquanto que para outros a forma pode ou não ser discricionária, dependendo do que dispõe a lei. De qualquer maneira, prevalece o

---

<sup>197</sup> ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. p. 446.

<sup>198</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**.p. 128.

<sup>199</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p. 80.

entendimento<sup>200</sup> no sentido de que, a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma, o ato pode ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada.

Desta maneira, quanto a esses aspectos, vislumbra-se que será cabível o exercício do controle, por decorrerem de uma vinculação à lei. Quanto aos demais, ou seja, na configuração do motivo e do objeto a ser edificado no ato, reside a discricionariedade, que se traduz também, na conveniência e oportunidade da prática do ato.

Assim, uma vez decidindo pela prática do ato, conforme a competência, forma e finalidade legais seria vedado a intervenção de outros Poderes do Estado no chamado mérito administrativo<sup>201</sup>, presumindo-se, portanto, legítimo.

Marçal Justen Filho<sup>202</sup> explica que, a presunção de legitimidade é entendida como sendo, “a presunção relativa quanto à regularidade jurídica dos atos produzidos pelo exercente da função administrativa, do que decorre sua aptidão para gerar efeitos vinculantes *erga omnes*.”

Entende-se, contudo respeitadas as posições divergentes<sup>203</sup>, que mesmo o ato administrativo discricionário será suscetível de controle, uma vez que, seja qual for a espécie de atuação administrativa, esta deverá estar em

---

<sup>200</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.83.

<sup>201</sup> Quanto a isso Diogo Sangalli, em monografia acerca do tema destaca que, vários doutrinadores, “(...) não poupam esforços para realçar o mérito do ato administrativo, atribuindo-o exclusivamente ao Poder Executivo e ressaltando que a intromissão do Poder Judiciário nesta seara implicaria ingerência indevida, em flagrante violação ao princípio da separação e independência dos Poderes. Ao juiz somente seria possível analisar a legalidade do ato administrativo em sentido jurídico puro.” (SANGALLI, Diogo. **O poder discricionário da Administração Pública e os limites que se impõem ao Poder Judiciário**. Curitiba: 2002. 66f. Monografia (especialização em direito administrativo) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar).

<sup>202</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**.p.203.

<sup>203</sup> Neste sentido veja-se o entendimento de Roger Bonnard, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem, o ato discricionário, “é ou não é. Não há meio termo nessa alternativa (...) ele comporta limites externos que vêm determinar o seu domínio. Mas no interior desses limites o poder discricionário não pode comportar restrições. Seria uma antinomia falar de um poder ‘discricionário’ limitado.” (BONNARD *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.93.)

conformidade com o Direito, compreendido não apenas em relação à legalidade estrita (própria do paradigma do Estado Liberal), mas em relação a todo o sistema de direitos e garantias que compõem o ordenamento (próprio do Estado Constitucional).

Até porque, mesmo os conceitos fluídos, imprecisos ou indeterminados, em que se poderia verificar uma margem de discricionariedade administrativa, somente podem ser assim, considerados, conforme Eduardo García de Enterría e Ramón Fernández<sup>204</sup> quando verificados em abstrato.

Isto significa que, ao se deparar com situações concretas, que se revelam no momento da expedição de atos administrativos, os mesmo conceitos se tornam unívocos e objetivos, dando margem a apenas uma conduta razoável.

Luiz Henrique Uquhart Cademartori<sup>205</sup>, quanto a isso explica que,

dito de outra forma, diante de situações do mundo real, sempre será possível reconhecer objetivamente se uma dada situação é “urgente”, “necessária”, “conveniente” ou oportuna, por exemplo. Caberá, então, ao Poder Judiciário, interpretar e aplicar a lei enunciativa de tais conceitos a serem invocados na expedição do ato, avaliando se este atendeu ou não os preceitos legais.

Diante desta perspectiva não haveria uma zona indeterminada a ser objeto de livre decisão por parte do administrador público, mesmo em se tratando do motivo e do objeto do ato administrativo, ou seja, o juízo de conveniência e oportunidade também se encontraria pautado pelos critérios de razoabilidade, de modo que, no caso concreto, será sempre possível constatar sua presença ou não.

De acordo com Juarez Freitas<sup>206</sup>, “o mérito (relativo a juízos de conveniência ou oportunidade) pode até não ser diretamente controlável, em

---

204 ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. p.393.

205 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p.133.

si, mas o demérito o será sempre”, na medida em que, poderá ser constatado, diante do caso concreto, se o administrador obrou fora dos limites da razoabilidade.

Desta forma, a decisão administrativa poderá ser objeto de controle, caso as circunstâncias apontem no sentido de que haveria uma única solução plausível, ou ainda, de que a solução adotada foge dos padrões da razoabilidade.

Juarez Freitas<sup>207</sup> prossegue afirmando que,

se se examinar, detidamente (...) ver-se-á que autoridade administrativa, em realidade, jamais desfruta de liberdade pura de escolha ou de conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais, ainda que a sua atuação guarde – eis ponto focal - uma menor subordinação à legalidade estrita do que à concretização dos atos vinculados.

Daí porque, se entende que são justamente os atos discricionários os que mais rigorosamente devem ser objeto de controle, não para “tolher o administrador público, muito menos para usurpar suas funções, mas para dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes.”<sup>208</sup>

A partir disso, estabelece-se uma preocupação, no sentido de que, tanto o ato administrativo vinculado quanto o ato administrativo discricionário sejam controlados da forma mais ampla possível. Carmem Lucia Antunes Rocha<sup>209</sup>, destaca que

---

206 FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** p.217.

207 FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** p.219.

208 FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** p.218.

<sup>209</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** p.119.

se antes, o exercício da discricionariedade não deixava que houvesse o controle e num momento posterior, permitiu-se o controle sobre ele, sem se permitir contudo, que o julgador pudesse dizer que determinada conduta administrativa não era justa, atualmente se diz que o agente controlador somente não pode substituir o comportamento administrativo controlado por um outro que emane da sua apreciação. Pode, entretanto, afirmar que aquela não pode prevalecer por não ser a conduta justa devendo ele adotar uma outra, vale dizer, o agente controlador (administrativo e jurisdicional) tem como único e último limite, no exercício do controle, a substituição da apreciação do administrador pela sua. Ele pode até mesmo desfazer o ato praticado e impugnado se em desavença ou contradição com o quanto juridicamente previsto e o que administrativamente demonstrado.

Diante disso, verifica-se que em matéria de controle dos atos administrativos, tanto o administrador quanto o julgador devem ater-se ao fato de que a discricionariedade somente existe quando vinculada com a realização dos propósitos do Estado Democrático de Direito, entre os quais inserem-se os direitos fundamentais.

Isto ocorre, segundo Eduardo Appio<sup>210</sup>, uma vez que, a “racionalidade jurídica imposta pela Constituição à Administração Pública é instrumentalizada através dos mecanismos judiciais de controle da sua amplitude, de modo que não se pode falar em plena discricionariedade administrativa”.

Assim, em que pese, quanto maior for a vinculação do ato administrativo, mais facilmente se possa exercer o controle de legalidade e constitucionalidade, dada a limitação na subjetividade, também diante da discricionariedade se verificará o exercício do controle, que em momento algum deverá perder de vista o interesse público que se pretende atingir, afinal, o que legitima a Administração Pública é, em última análise, a concretização material dos direitos fundamentais<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p.118.

<sup>211</sup> Carmen Lúcia Antunes Rocha assevera que, “o interesse público não é o interesse da Administração ou do Estado, mas o do povo, mais ainda, o da população, vale dizer de todas as pessoas, cidadãos ou não, que se encontrem em determinado momento sob a jurisdição do

Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>212</sup>, complementa afirmando que, “a razão de ser da Administração Pública, enquanto aparato constituído pelo Estado reside no gerenciamento da coisa pública tendo por fim a realização do bem comum.”

Por esta razão é que no Estado Constitucional, passa-se a compreender o conceito de discricionariedade como sendo aquele que, veda ao administrador a escolha de alternativas “quando presentes necessidades impostergáveis dos cidadãos, conforme uma ótica garantista dos direitos fundamentais”<sup>213</sup> caracterizando uma “discricionariedade vinculada”.

Sobre isso, Karl Engisch<sup>214</sup>, explica que,

é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas e, particularmente, legais, que são de tomar em conta ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto.

Com base nisso, cabe afirmar que o controle dos atos administrativos tende a ser cada vez mais amplo, voltado de maneira inafastável aos valores<sup>215</sup> dispostos na Constituição Federal, entendidos como bens jurídicos<sup>216</sup> cuja proteção se destina.

---

Estado e sob a sua responsabilidade quanto à prestação dos bens e serviços para o atendimento das suas necessidades básicas e havidas como legítimas pelo sistema que nele vigore.” (ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. p.111)

<sup>212</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba, 02, n.09, 2002.p. 13-59

<sup>213</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. **Novo Conceito da Discricionariedade em Políticas Públicas sob um Olhar Garantista, para Assegurar Direitos Fundamentais**. Disponível em: [http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_adm\\_pub\\_maria\\_dal\\_bosco\\_e\\_paulo\\_valle.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf) Acesso em 14 de setembro de 2008.

<sup>214</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.p.220.

<sup>215</sup> Sobre o conceito de valor, segundo Johannes Hessen, “entende-se que não se podem rigorosamente definir-se porque pertence aqueles conceitos supremos, como ser, existência, etc. Mas quando se pronuncia esta palavra se quis significar três coisas distintas: a vivência de um valor (permanecendo no domínio da consciência, da Psicologia), a qualidade de valor de uma

Portanto, conforme Eduardo Appio<sup>217</sup>,

muito embora os atos administrativos discricionários permitam o exercício de um ato de vontade, deixando ao agente a possibilidade de optar, 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.

Assim, há que se estabelecer desde logo, a existência de um vínculo constitucional que se estende à discricionariedade administrativa, que são os valores dispostos na Constituição Federal, cujo controle se destina a consolidar a importância de que a Administração Pública esteja efetivamente voltada à concretização dos direitos fundamentais dos destinatários de sua atividade.

### 2.3 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Frente a perspectiva de que os atos da Administração Pública, quer sejam vinculados ou discricionários, se destinam a satisfazer os direitos fundamentais, especialmente numa abordagem sob o viés garantista<sup>218</sup>, a partir do qual tais direitos devem ser assegurados antes e acima de quaisquer outros, caberá o controle sempre que não se prestarem a cumprir este mister.

---

coisa (no domínio do naturalismo), ou a própria idéia de valor em si mesma (nos moldes ideais de Platão). De qualquer forma, todos nós valoramos e não podemos deixar de valorar.” (HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. São Paulo: Almedina, 2001.p. 37).

<sup>216</sup> Sobre o conceito de bens jurídicos, veja-se que segundo Claus Roxin, “podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.”(ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.18/19).

<sup>217</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. p. 118.

<sup>218</sup> Alexandre Morais da Rosa esclarece que, “a teoria garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para a resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e Direitos Fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político- jurídico do Estado, aberto ao devir.” (ROSA, Alexandre Morais da. **A vida como critério dos direitos fundamentais: Ferrajoli e Dussel**. In:COELHO, Edihermes Marques. **Direitos fundamentais: reflexões críticas: teoria e efetividade**. Uberlândia: UPEDI, 2005.p.22).

Para tanto, parte-se ao estudo do controle quando exercido pelo Poder Judiciário, sendo, portanto, especificamente para os fins da presente pesquisa, necessário se destacar o papel a ser exercido sob uma perspectiva garantidora dos direitos fundamentais constitucionais.

Inicialmente, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou princípio do direito de ação<sup>219</sup>, com fundamento no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal<sup>220</sup>, tem-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Desta maneira, segundo Nelson Nery Junior<sup>221</sup>, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito.” Por esta razão, aquele que se configurar como titular de um direito ameaçado ou lesado e que preencha as condições para a propositura da ação, poderá invocar a tutela jurisdicional<sup>222</sup>, compreendida como o poder conferido ao Judiciário de dizer o direito no caso concreto<sup>223</sup>.

Através da jurisdição o Poder Judiciário, atua, segundo Sergio Cruz Arenhart<sup>224</sup>, não apenas como “mera boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, “mas como verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar”.

---

<sup>219</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.98.

<sup>220</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 mai 2008.

<sup>221</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**.p.100.

<sup>222</sup> Isto porque, conforme Luiz Rodrigues Wambier, “o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (=provocação) do interessado. O Código de Processo Civil Brasileiro está baseado fundamentalmente neste princípio, como se vê da disposição constante no art. 2º. Segundo essa regras, “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.68).

<sup>223</sup> Segundo Paulo Márcio Cruz, “a função jurisdicional pode ser definida, pois, como a aplicação – ou declaração - do Direito preexistente. Em outras palavras, é a aplicação do Direito a um caso ou conflito concreto de uma regra geral previamente existente.”(CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 118.)

<sup>224</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 19 jan 2006.

Esta tendência, no Brasil, acentua-se especialmente após a Constituição Federal de 1988, uma vez que, conforme Clémerson Merlin Cleve<sup>225</sup>, pode-se afirmar que, “talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior aquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira”.

Neste sentido, surge a discussão acerca do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, pois, diante da amplitude disposta no art.5º, inciso XXXV da Constituição e na medida em que os direitos fundamentais foram assegurados, o Poder Judiciário transformou-se em instrumento através do qual os cidadãos passaram a buscar a segurança concreta de realização de seus direitos.

Isto porque, conforme Alexandre de Moraes<sup>226</sup>, o mister do Judiciário, “é ser verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais se tornariam vazios.”

Prossegue ainda, afirmando que, “não se consegue conceituar um verdadeiro estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente (...)”. Desta maneira, diante da independência do Poder Judiciário, surge sua legitimação para fiscalizar o fiel cumprimento do que dispõe o texto constitucional pelos demais poderes, sem qualquer espécie de vínculo que inviabilize o exercício de uma atuação vigilante.

Justamente, diante disso, é que se revela a possibilidade de controle jurisdicional sobre toda ação ou omissão que se enquadre como lesão ou ameaça a direito, legitimando assim, inclusive o controle jurisdicional sobre a atuação administrativa.

Hely Lopes Meirelles<sup>227</sup> explica que o controle judiciário ou judicial “é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre atos

---

<sup>225</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.p.38.

<sup>226</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.p.121

<sup>227</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**.p.664.

administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa.”

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>228</sup>, no exercício do controle o Poder Judiciário

tanto interpreta a lei - para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verificar se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa as finalidades da lei.

Trata-se de atribuir ao Poder Judiciário a missão constitucional de verificar no caso concreto a fórmula que melhor garanta os direitos consagrados na Constituição Federal.

José Eduardo Faria<sup>229</sup> sustenta a posição de que isto ocorre na medida em que se verifica,

a incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras, unívocas, e sem lacunas, de respeitar os mais elementares princípios gerais de direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente integração dos mercados, que propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controles oferecida à magistratura, levando assim, a ‘tribunalização’ da política ou ‘judicialização’ da vida econômica. É a incapacidade desses dois poderes de formular uma ordem jurídica com um mínimo de unidade, coerência e certeza, em suma, que leva o Judiciário a ter de decidir questões legais de curto prazo e com enormes implicações socioeconômicas.

Trata-se de questão polêmica que envolve a judicialização da política, mas que, não se trata de fato novo, uma vez que, segundo o mesmo doutrinador, “já estava escancarada na Assembléia Constituinte, quando seus

---

<sup>228</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. p.27.

<sup>229</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 27.

integrantes, numa decisão política de natureza claramente pragmática, optaram por redigir uma Carta com “textura aberta” e normas programáticas”<sup>230</sup>

A partir daí, é que se verificam os questionamentos existentes quanto à ampliação da discricionariedade do Poder Judiciário que o leva, no mais das vezes, a assumir uma função ligada a decisão de questões que perpassam pela política.

Especialmente no que concerne a polémica atinente a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos, a doutrina espanhola debruçou-se sobre o tema, tendo inicialmente, a partir dos estudos desenvolvidos por Luciano Parejo Alfonso<sup>231</sup> e Miguel Sánchez Morón<sup>232</sup>, sustentado a impropriedade de rígido controle jurisdicional da Administração Pública.

De acordo com Miguel Sánchez Morón, “o julgamento que modificasse uma decisão administrativa significaria a substituição do administrador juiz, ou a substituição de um poder sobre o outro.”

Em posição adversa, Tomás Ramón Fernández<sup>233</sup> sustentava um maior ativismo judicial entendendo que o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário deverá configurar um controle intenso e até mesmo substitutivo da conduta do administrador sujeita a controle.

Na mesma esteira, Eduardo García de Enterría<sup>234</sup> afirma que os atos administrativos, entre os quais, os discricionários, devem submeter-se sempre, ao interesse público visado pela norma jurídica mesmo quando presentes conceitos jurídicos indeterminados, tornando-se indiscutível que o juiz deve controlar a aplicação do conceito pela Administração.

---

<sup>230</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**.p.28.

<sup>231</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **Administrar y juzgar**: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993. p.48-49.

<sup>232</sup> SANCHEZ MORÓN, Miguel. **El control de las administraciones públicas y sus problemas**.Madrid: Instituto de Espana/ Espasa Calpe, 1991.p.64.

<sup>233</sup> FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

<sup>234</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Una nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado**. Revista Espanhola de derecho administrativo. Madrid, n. 89. p. 69-89, ene/mar, 1996.

Verifica-se, assim, que caberá ao Judiciário verificar a legalidade e a constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes, de modo que, referidos atos, somente se legitimarão, quando observada a satisfação do interesse público, até porque, conforme Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>235</sup>, “o que legitima a Administração Pública – como de resto, qualquer das atuações do Estado Democrático de Direito – é a realização efetiva do interesse público”.

No mesmo sentido, Luiz Henrique Uquhart Cademartori<sup>236</sup> explica que,

o juiz não somente pode, como deve apreciar – não se confunda com substituição de decisões – na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do Poder público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente a Administração.

Desta maneira, diante da exigência de implementação dos direitos fundamentais, assim como, frente a inúmeras contingências, de acordo com Luiz Werneck Vianna<sup>237</sup>, “o Judiciário se constituiu no único lugar de defesa do cidadão.”

Verifica-se, contudo, que a Constituição Federal de 1988, frente aos propósitos do Estado Democrático de Direito, instituiu um grande rol de direitos fundamentais, os quais tem apresentado uma dificuldade real de cumprimento e satisfação. Diante disso, conforme lembra Alexandre Morais da Rosa<sup>238</sup>,

a articulação da sociedade civil a partir do aumento dos legitimados processualmente (...) fez com que a efetivação desses direitos fosse exigida perante o Poder Judiciário, surgindo no Brasil a figura da ‘judicialização da política’. Por isso, o protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado

---

<sup>235</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. p. 19.

<sup>236</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p. 181.

<sup>237</sup> VIANNA, Luiz Werneck. [et al.]. **Corpo e Alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.p.15.

<sup>238</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.p.243.

por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia (...).

Neste sentido, Lenio Luiz Streck<sup>239</sup> observa que a fórmula do Estado Democrático de Direito destina-se, justamente, para instrumentalizar o Direito como um campo privilegiado na concretização dos direitos sociais mediante o deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário.

Portanto, neste contexto, ao poder Judiciário compete controlar a constitucionalidade e legalidade dos atos praticados pelos demais, não se esquecendo de que o ataque ao texto maior ocorre não só pela ação, mas também pela omissão, de maneira que, todo este contexto culmina com demandas formuladas perante o Judiciário.

Entretanto, no Brasil, cumpre ressaltar, conforme José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>240</sup> que,

grande parte da doutrina administrativista entende que a justiciabilidade da Administração, ainda que deva examinar a discricionariedade administrativa, não pode adentrar, sob nenhuma hipótese, no mérito administrativo. O mérito do ato administrativo, segundo entendimento majoritário, constitui-se em faixa da discricionariedade administrativa onde fica vedada a apreciação judicial.

Verifica-se, assim, que tradicionalmente o direito administrativo foi pautado por circunstâncias que serviam para justificar e “blindar” o mérito administrativo que opera na margem de discricionariedade, sem que se admitisse qualquer espécie de intervenção quanto a isto.

Entretanto, tendo em vista a perspectiva de eficácia dos direitos fundamentais, passou-se a compreender que, após a Constituição

---

<sup>239</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p.43.

<sup>240</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>. Acesso em 22 out 2005.

Federal de 1988, os atos administrativos serão passíveis de controle judicial sempre que deixarem de satisfazer os direitos fundamentais.

## **2.4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO**

Num primeiro momento, ao tratar sobre a acentuação do exercício do controle pelo Poder Judiciário, o tema parece conflitar com o disposto no art. 2º, da Constituição Federal<sup>241</sup>, segundo o qual, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Neste sentido, diante da exigência de uma posição mais atuante do Poder Judiciário, tem-se verificado, conforme Américo Bedê Freire Junior<sup>242</sup>, que, “uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer uma das funções, mas a supremacia da Constituição”.

Entretanto, o argumento de colisão de funções entre os Poderes não poder servir como óbice a evitar que o Poder Judiciário dê a melhor aplicação à Constituição Federal, uma vez que é justamente em razão de circunstâncias como esta que são previstos instrumentos processuais específicos para tanto, como o próprio controle de constitucionalidade.

De qualquer forma, o mandamento constitucional que consagra a separação de poderes se destina a explicitar como devem funcionar os poderes públicos, o que significa dizer, de acordo com Paulo Márcio Cruz<sup>243</sup> que, “a Constituição regula os poderes do Estado, mas não pode ser afetada por eles.”(...). A Constituição é assim, a norma habilitadora da atividade dos poderes públicos instituídos e os limites de suas atuações.”

Prossegue, afirmando que a importância prática da supremacia constitucional, “é trazida na possibilidade de declarar inconstitucionais

---

<sup>241</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 mai 2008.

<sup>242</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**.p.42.

<sup>243</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p.80.

e nulas as normas que contradigam a Constituição, através de jurisdições constitucionais.”<sup>244</sup>

Quanto a isso Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>245</sup>, destaca que,

é óbvio que no Estado Moderno não se poder conceber a existência de três órgãos que se ignorem e se bastem a si mesmos. Portanto, a teoria da separação de poderes de Montesquieu hoje se realiza segundo modos, graus e critérios que variam muito de um Estado para outro. O valor de dita teoria está no sistema de independência entre os órgãos do Poder e de inter-relacionamento de suas atividades.

Há em verdade um controle recíproco a ser exercido entre as três funções do Estado, até porque, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari<sup>246</sup>, esta divisão existe, com o reconhecimento “de que o ser humano, por sua própria natureza, não deve ter um poder ilimitado, pois mesmo aquele que começa com boas intenções acaba por se corromper e passa do uso ao abuso do poder.”

Segundo ele, diante disso, resta evidente a “necessidade de limites jurídicos” os quais se destinam a evitar o abuso por parte de qualquer dos poderes do Estado, permitindo que o controle seja exercido de maneira recíproca.

De qualquer forma, não há como afastar a responsabilidade maior por parte do Poder Judiciário quanto ao controle, pois, conforme Américo Bedê Freire Junior<sup>247</sup>, “o juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que esta atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado”.

Deve-se destacar, que o enfrentamento desta tensão entre as funções do Estado, em especial quanto à postura do Poder Judiciário, perpassam por dois principais eixos teóricos, conforme divisão realizada por

---

<sup>244</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p.81.

<sup>245</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.203.

<sup>246</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.p.79.

<sup>247</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bede. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.70.

Wernneck Vianna<sup>248</sup>, segundo o qual, existem os que se filiam a corrente substancialista representados por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, os quais, “defendem a concretização dos direitos fundamentais constituídos e compartilhados pelos cidadãos na via do Poder Judiciário”.

Note-se que, de acordo com Mauro Cappelletti<sup>249</sup>, na verdade, “a expansão do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do Estado moderno.”

Na mesma esteira, Ronald Dworkin<sup>250</sup>, entende que ao Poder Judiciário deve ser atribuída uma função ativa, na medida em que a interpretação do juiz deve ser constringida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura jurídica, recusando uma posição passiva.

Segundo este entendimento, caberá ao Poder Judiciário atuar de forma a garantir a satisfação dos direitos fundamentais determinando o que for necessário para a maior eficácia de tais direitos, não havendo vulneração a democracia quando o Poder Judiciário intervém no mundo político.

De acordo com Lenio Luiz Streck<sup>251</sup>, para a tese substancialista,

o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais e destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial.

Em síntese, o Poder Judiciário, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes assume um papel determinante, de um intérprete

---

<sup>248</sup> VIANNA, Luiz Werneck. [et al.] **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** p.22-37.

<sup>249</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.p.19.

<sup>250</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes,1999.

<sup>251</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.**p.47.

qualificado que assegura de maneira concreta o exercício da jurisdição constitucional que, de acordo com Eduardo Appio<sup>252</sup>, corresponde, a atividade estatal, “vinculada especialmente ao exercício das atribuições do Poder Judiciário de um determinado país, com a missão de garantir a supremacia da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico interno.”

Por outro lado, existem os procedimentalistas, representados por Jürgen Habermas e Antoine Garapon, os quais, criticam a invasão da política e da sociedade pelo Direito.

Segundo Lenio Luiz Streck<sup>253</sup>, esta corrente critica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional, transforma-se numa instância autoritária.”

Note-se que, de acordo com Antoine Garapon<sup>254</sup>,

a sociedade democrática desfaz os laços sociais e os refaz socialmente. Ela é obrigada, hoje, a fabricar o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes. Forçada a ‘inventar’ a autoridade, sem sucesso, ela ocorre então para o juiz.

Diante disso, Garapon deixa claro que o mundo político não pode ser substituído pelo mundo jurídico e adverte sobre as conseqüências de um uso excessivo de prerrogativas constitucionais do Judiciário, ou seja, de um possível “governo de juízes”.

No mesmo eixo procedimentalista, Jürgen Habermas<sup>255</sup>, entende que invasão do direito na política é representação de uma disputa em

---

<sup>252</sup> APPIO, Eduardo. A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Jurisdição Constitucional. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (Org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.p. 139-153.p.141.

<sup>253</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise**.p.46

<sup>254</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan,1999.p.140.

<sup>255</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

torno do princípio da separação de poderes. Assim como o legislador não tem competência para julgar se os tribunais aplicam correta e justamente o direito, também não têm os juízes o direito de intervir na substância do processo legislativo.

Portanto, assim como Garapon também Habermas manifesta-se contrário a possibilidade do Judiciário exercer funções dos poderes políticos ante a quebra das barreiras existentes entre o direito e a política, bem como, ante a um deslocamento da função dos principais atores do jogo democrático.

Cumprе ressaltar, contudo, que ambas as correntes reconhecem o Judiciário como uma função estratégica na efetividade da Constituição, embora, conforme lembra Lenio Luiz Streck<sup>256</sup>,

Habermas faz severas críticas ao modelo construtivo de direito de Dworkin e aquilo que denomina de gigantismo do Judiciário, surgido no pós guerra.(...) Na visão da teoria do discurso sustentada por Habermas, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação, e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes através do Executivo.

Como contraponto a este posicionamento, a corrente substancialista, conforme destacado, entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, “o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais”<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p. 44.

<sup>257</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**.p. 47.

Partindo-se disto, verifica-se que a corrente substancialista é a que melhor se compatibiliza com a teoria do garantismo, uma vez que, de acordo com Alexandre Morais da Rosa<sup>258</sup>,

os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão a minoria, articulando a esfera do indecidível.

Sobre a compatibilidade entre uma visão garantista e a separação de poderes, Eduardo Appio<sup>259</sup> acentua que,

uma visão substancial dos valores e objetivos constitucionais por parte dos juízes é perfeitamente compatível com a democracia, já que a própria Constituição lhes impõe um dever de proteção dos princípios e direitos fundamentais, através da avaliação das particularidades do caso concreto. Não existe qualquer afronta ao princípio da separação entre os poderes, pois incumbe ao Poder Judiciário controlar a atividade dos demais poderes no que tange às tarefas constitucionalmente definidas.

Sob esta perspectiva, o valor atribuído a Constituição, como um sistema aberto, e a compreensão da atividade do juiz com estando vinculada a uma concretização substancial/material ao disposto no texto constitucional, reforçam o valor da jurisdição constitucional.

Quanto a isso, de acordo com Eduardo Appio<sup>260</sup>, trata-se, a jurisdição constitucional, de “atividade estatal, vinculada especialmente ao exercício das atribuições do Poder Judiciário de um determinado país, com a missão de garantir a supremacia da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico interno.”

---

<sup>258</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 87.

<sup>259</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. p. 53.

<sup>260</sup> APPIO, Eduardo. A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Jurisdição Constitucional. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (Org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. p.141.

Note-se, portanto, que a Constituição vincula a todos, e de acordo com Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández<sup>261</sup>, “vincula também o Poder Judiciário, que deve pautar todas as suas decisões em consonância com a Constituição sob pena de reforma mediante os recursos adequados.”

Alexandre Morais da Rosa<sup>262</sup>, sob a perspectiva garantista destaca que,

os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão a minoria, articulando a esfera do indecidível.

Assim, o poder estatal estará “limitado/ balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar do contido materialmente na Constituição.”<sup>263</sup>

Deve-se destacar, portanto, diante da polêmica verificada, que o julgador, na sua atividade de controle dos atos administrativos estará submetido a determinados vínculos, na medida em que, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>264</sup>, o “único sentido que o juiz pode dar a norma é o melhor desde a perspectiva constitucional, vale dizer, o que melhor garanta os direitos fundamentais da pessoa e torne mais efetivas as normas constitucionais “.

Por esta razão, entende-se que, ainda que uma parte da doutrina oponha-se ou levante possíveis óbices ao controle judicial sobre a discricionariedade administrativa, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, mesmo apregoando a separação de poderes do Estado, centrou suas disposições sobre os direitos fundamentais, os quais, conforme tratados na seqüência, constituem vínculos, a partir dos quais todo o sistema deverá ser orientado.

---

<sup>261</sup> ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.121

<sup>262</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 87.

<sup>263</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. p.87.

<sup>264</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. p.168.

## 2.5 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do que já se expôs, verifica-se que ao analisar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, não se pode deixar de considerar a influência determinante dos direitos fundamentais<sup>265</sup>.

Neste ponto, passa-se a investigar os aspectos mais relevantes das implicações derivadas do vínculo existente entre o controle jurisdicional e os direitos fundamentais, oriundos do ideário da dignidade humana, de modo que, segundo Jacques Távora Alfonsin citado por Thiago Lima Breus<sup>266</sup>,

a dignidade humana, então, não é criação da ordem Constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Daí porque, faz-se mister, desde logo, destacar que a dignidade humana estará resguardada, na medida em que os direitos fundamentais forem protegidos.

Para tanto, verifica-se que todo o processo de formação dos direitos fundamentais, construído ao longo da história e que culminou com a sua positivação a partir das revoluções burguesas<sup>267</sup>, reflete diretamente na postura

---

<sup>265</sup> Alexandre de Moraes pontua que, os direitos fundamentais “surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas a diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.” (MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2000.p.19).

<sup>266</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**:problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p.88.

<sup>267</sup> Destaca-se quanto a isso que em 1215, o Rei “João Sem Terra” havia sido compelido por seus barões a assinar a *Magna Charta Libertatum*, na qual já se previa a existência de direitos fundamentais. Entretanto, apenas em 1976, com a Declaração do Bom Povo da Virgínia, uma das treze colônias norte americanas é que se verifica propriamente um documento de declaração de direitos fundamentais.

que atualmente se espera do Poder Judiciário, incumbido de proteger esses direitos.

Até porque, de acordo com Norberto Bobbio<sup>268</sup>, tem-se que “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava pela sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”

Sendo assim, vislumbra-se a característica de historicidade ou generatividade dos direitos fundamentais<sup>269</sup>, que dão origem as diversas gerações de direitos fundamentais<sup>270</sup>, de maneira que num primeiro momento<sup>271</sup>, conforme José Adércio Leite Sampaio<sup>272</sup>,

os direitos de defesa ou de liberdade foram os primeiros que surgiram. Centrados na idéia de um Estado liberal, neutro, ‘guarda noturno’ (Gramsci), limitado a garantir a segurança exterior do grupo ou a ordem interior do Estado, criavam situações jurídicas oponíveis a esse Estado, merecendo o nome de ‘liberdades-resistência’ ou ‘liberdades-barreira’.

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.32.

<sup>269</sup> José Afonso da Silva aponta quatro características dos direitos fundamentais:“(1) historicidade, em razão dos direitos fundamentais serem produto da evolução histórica; (2) inalienabilidade, por serem direitos não negociáveis e intransferíveis; (3) imprescritibilidade, em virtude dos direitos fundamentais não carecerem de exigência por falta de uso; e (4) irrenunciabilidade, vez que ser humano algum pode abrir mão de possuir direitos fundamentais.” (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo:Malheiros, 2001.p.185).

<sup>270</sup> Segundo Flávia Piovesan, “Tal idéia nasceu do discurso proferido no ano de 1979 por Karel Vasak no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Este jurista tentava demonstrar a evolução dos direitos fundamentais baseando-se no lema da Revolução Francesa: liberdade; igualdade e fraternidade. (...) A primeira geração de direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundados na liberdade (*liberte*). Por sua vez, a segunda geração seria dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). A terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, especificamente o do desenvolvimento, o direito à paz e ao meio ambiente, representando a fraternidade (*fraternité*) (PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.p.28).

<sup>271</sup> Ressalta-se a existência de críticas na doutrina quanto a expressão “gerações”, de modo que alguns a substituem por “dimensões” ou mesmo “gestações”. Paulo Bonavides explica que se condena a utilização da expressão “gerações de direito”, “porque o uso do termo pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. O que é uma idéia errônea, visto que o processo é de acumulação e não de sucessão. Além do que a expressão pode induzir ao pensamento de que uma nova geração só surgiu e somente pode surgir quando sua antecessora já estiver suficientemente madura e completa”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**.p. 524-525.)

<sup>272</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p.673-674.

Na seqüência, verifica-se o desenvolvimento de uma segunda geração de direitos, típica do paradigma de Estado Social que, “consolida a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade”<sup>273</sup>.

Trata-se de uma concepção dos direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>274</sup>,

vinculada à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade autonomia, mas também da liberdade por intermédio do Estado.

Destaca-se ainda, a existência dos direitos de terceira geração, os quais, são chamados “direitos difusos, compreendendo os direitos do patrimônio da humanidade, incluindo-se aqui, os relativos ao meio ambiente e aqueles ligados ao patrimônio histórico e artístico”<sup>275</sup>.

Verifica-se, assim, segundo Thiago Lima Breus<sup>276</sup> que,

desde a visão liberal consagradora das liberdades públicas e dos direitos de primeira dimensão, passando pelas conquistas do Welfare State – nunca concluídas nos países de desenvolvimento tardio como o Brasil – até a consagração da normatividade de direitos tidos como de 5ª dimensão, como o direito fundamental ao desenvolvimento, consagrou-se o Estado como promotor desses Direitos Fundamentais e consolidou-se a sua função redistributiva da riqueza na sociedade, por meio da realização de políticas públicas e pela prestação de serviços públicos.

---

<sup>273</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica e Jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p.209.

<sup>274</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 200.

<sup>275</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica e Jurisdição constitucional**. p.210.

<sup>276</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**;problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p.90.

De acordo com Gregorio Peces Barba Martinez, os direitos fundamentais são um conceito do mundo moderno resultante exatamente das condições que surgem na época de trânsito da Idade Média para a Idade Moderna, no qual, segundo ele, configura-se o chamado trânsito à modernidade<sup>277</sup>.

Verifica-se, portanto, que se originam de uma nova mentalidade, impulsionada pelo humanismo que se iniciou a partir da liberdade religiosa e evoluiu ao longo dos anos, atribuindo ao Estado o papel de promoção e proteção destes direitos.

Sobre isso, Antonio Henrique Pérez Luño<sup>278</sup> afirma que,

em nossos dias, quase a totalidade dos sistemas políticos desde as democracias liberais aos socialistas admitem virtualmente e em forma oficial alguma doutrina sobre os direitos do homem. Por este motivo, estes direitos aparecem como uma referência obrigada em quase todos os textos constitucionais do momento presente, o que não deve se interpretar como uma prova irrefutável de sua realização.

Diante disso, em que pese os direitos fundamentais restem consagrados na Constituição, sua dimensão efetiva, concreta, ainda não se equivale a sua dimensão teórica. Entretanto, a partir de sua presença nas Cartas Constitucionais e da posição hierarquicamente superior às demais normas, configuram direitos dotados de eficácia e aplicabilidade plena e imediata.

Especialmente em nossa Constituição, verifica-se que o art. 5º, § 1º dispõe que, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>279</sup>, com isso, o “constituente pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um

---

<sup>277</sup> Para Gregorio Peces Barba Martinez, “o trânsito a modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, (...) neste trânsito a modernidade até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, (...)”. (MARTINEZ, Gregorio Peces Barba. **Transito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid:Mezquita, 1982.p. 02) (tradução livre da autora)

<sup>278</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. In: **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1986.p.132.

<sup>279</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.256.

esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam letra morta na Constituição.”

Trata-se de reconhecer, com base nisto, que a Constituição Federal de 1988, pretendendo vincular os poderes públicos ao disposto em seu texto, em especial, ao que concerne aos direitos fundamentais impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

Daí porque, conclui Ingo Wolfgang Sarlet<sup>280</sup>, que,

da mesma forma em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. (...) O Judiciário não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização.

Diante disto, é possível afirmar, de acordo com Antonio Enrique Pérez Luño<sup>281</sup> que,

los derechos han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.

Tem-se assim, a supremacia dos Direitos Fundamentais, decorrente da própria supremacia constitucional que se manifesta, de acordo com Paulo Márcio Cruz<sup>282</sup>, “na determinação formal de como devem ser criados e funcionar os poderes públicos, que deverão ater-se, em suas funções aos mandamentos constitucionais”.

---

<sup>280</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.262.

<sup>281</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.21. “Os direitos deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais para definir um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.” (Tradução livre da autora)

<sup>282</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000.p.80.

Trata-se, de acordo com a definição de José Afonso da Silva<sup>283</sup>, de colocar a Constituição, “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.”

Especificamente, no que atine aos direitos fundamentais, vislumbra-se que, partindo do viés garantista, aplicado a presente pesquisa, configuram a esfera do indecível, no sentido de que nem mesmo por maioria se pode violar/negar os Direitos Fundamentais dos indivíduos<sup>284</sup>.

Diante disso, restam caracterizados enquanto limites e vínculos constitucionais ao princípio da maioria, de modo que, conforme Luigi Ferrajoli<sup>285</sup>,

estos limites y estos vínculos son, a mi entender, a sua vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo(...). Son contra-poderes, fragmentos de soberania popular em manos de todos y cada uno, em ausência de los cuales la democracia misma, como las trágicas experiencias del siglo XX han mostrado, puede ser arrollada por mayorías contingentes.

Os direitos fundamentais situam-se, assim, como um marco divisório, de modo que, o conteúdo da Constituição deixa de ser meramente normativo, formal, passando a buscar um resgate da sua concretização material, por todas as esferas de poder.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>286</sup>, explica que, os direitos fundamentais podem ser encarados sob duas perspectivas distintas, como direitos subjetivos, significando que “ao titular de um direito fundamental é

---

<sup>283</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

<sup>284</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. p.87.

<sup>285</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.p.99-100. “Estes limites e estes vínculos são, a meu entender, por sua vez democráticos, já que consistem em direitos fundamentais, que são direitos de todos e fazem referencia, portanto ao povo (...). São contra poderes, fragmentos de soberania popular nas mãos de todos e cada um, na ausência dos quais a democracia mesma, como as trágicas experiências do século XX tem mostrado, pode ser arrolada por maiorias contingentes.” (Tradução livre da autora)

<sup>286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.162.

aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário”.

E ainda, sob uma perspectiva objetiva que,

diz com o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (...) com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>287</sup>

Desta forma, resta claro que cabe ao Poder Judiciário, frente a perspectiva subjetiva manifestar-se sempre que houver ameaça ou violação a um direito fundamental, assim como que, sob a perspectiva objetiva, caberá ao Estado adotar medidas adequadas e suficientes, no sentido de proteger tais direitos, através de políticas públicas adequadas, podendo haver o controle judicial, inclusive, quanto a omissões neste sentido, sem que, com isso, exista violação ao princípio da separação de poderes do Estado.

Com base nisto, é possível sustentar que no paradigma do Estado Constitucional, ao Estado caberá a proteção dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, a garantia da dignidade humana, obrigando-se a não apenas ofendê-los, como também, a criar as condições favoráveis para o seu exercício, legitimando-se o Poder Judiciário, no respectivo controle.

---

<sup>287</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.158.

## CAPÍTULO 3

### CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Tendo em vista os pontos tratados anteriormente, resta clara a necessidade de que o Estado implemente determinados mecanismos de ação capazes de concretizar os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e que constituem o cerne do princípio da dignidade humana.

Com isto, volta-se o exame da presente pesquisa à atuação do Estado na implementação das chamadas políticas públicas<sup>288</sup>, as quais, em que pese não possuam um conceito único<sup>289</sup>, podem ser entendidas, de acordo com Jean Carlos Dias<sup>290</sup>, como “sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado.”

---

<sup>288</sup> José Sérgio da Silva Cristóvam, alerta para a necessária diferenciação entre políticas públicas e políticas de governo, de modo que, segundo ele, “enquanto esta (política de governo) guarda profunda relação com um mandato eletivo, aquela, no mais das vezes, pode atravessar vários mandatos. Deve-se reconhecer, por outro lado, que o cenário político brasileiro demonstra ser comum a confusão entre estas duas categorias. A cada eleição, principalmente quando ocorre alternância de partidos, grande parte das políticas públicas fomentadas pela gestão que deixa o poder é abandonada pela gestão que assume.” (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254> Acesso em 22 de outubro de 2005).

<sup>289</sup> De acordo com Guilherme Amorim Campos da Silva, “A utilização da expressão política pública é redundante, verdadeiro pleonasma, mas em cuja utilização centramos nossos esforços, tendo em vista que desejamos agregar ao fim social, que busca alcançar qualquer atividade identificada na Constituição Federal, como meta a ser alcançada pelos grupos de competências outorgadas, a qualificação de pública.” (SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.p. 103.) Inobstante, cumpre registrar o entendimento de Cristiane Derani, para quem, “as políticas são chamadas de públicas, quando estas ações são comandadas por agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. São políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas.” (DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.p.239).

<sup>290</sup> DIAS, Jean Carlos. **Políticas Públicas e questão ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul/set. 2003.p.121

Assim, conforme Eros Roberto Grau<sup>291</sup>, a referida expressão designa “todas as formas de intervenção do poder público na vida social”, podendo, portanto, significar desde um conjunto de medidas, até uma medida isolada praticada pelo Estado a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, com isso, que a finalidade das políticas públicas reside no atendimento das demandas sociais, de modo que, conforme observa Osvaldo Ferreira de Melo<sup>292</sup>,

uma política seja educacional, econômica, jurídica, ou outra qualquer, é sempre um conjunto de estratégias visando alcançar determinados fins. Em se tratando de política do Direito, esses fins estarão implicados com o alcance de normas que, além de eficazes, sejam socialmente desejadas e por isso justas e úteis para responderem adequadamente às demandas sociais.

Contudo, Rogério Gesta Leal<sup>293</sup>, explica que,

o tema das políticas públicas no Brasil tem se afigurado, ao menos em termos de imaginário social, como um ilustre desconhecido, a uma, porque o próprio Estado nacional não teve, ao longo de sua história, uma preocupação muito real com estas questões; a duas, porque a sociedade civil sempre ficou à margem desses assuntos, tidos como de competência única das instituições estatais.

Desta forma, o Estado passou a gerir os interesses públicos de maneira exclusiva, implementando as ações que entendesse oportunas ou convenientes, ocasionando uma postura cada vez mais passiva por parte da sociedade, cujas possibilidades de participação e controle, segundo Leal<sup>294</sup>, “restaram significativamente suplantadas, reduzidas ainda mais em face do perfil

---

<sup>291</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 200.p.21.

<sup>292</sup> FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.p.40.

<sup>293</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.161.

<sup>294</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**.p.162.

de passividade e relacionamento servil que vem mantendo com os poderes instituídos, aceitando o que lhe é ofertado como sendo um favor.”

Diante disso, verifica-se que em matéria de implementação de políticas públicas a falta de uma participação popular mais ativa no sentido de exigir a satisfação dos direitos fundamentais fez com que o Estado se contentasse em técnicas de gestão obsoletas sem o correspondente aparelhamento necessário para atuar no planejamento, na programação, nos projetos e mecanismos capazes de atender as demandas sociais.

Como bem acentua Leal<sup>295</sup>,

ao revés, tem funcionado a Administração Pública como se estivesse apagando incêndios e criando soluções absolutamente curativas, e não preventivas, aos problemas detectados (quando detectados, haja vista regra geral, o amadorismo de seus quadros técnicos) de forma endógena e isolada da participação social ou de suas representações oficiosas, agudizando tal quadro o fato de não ter conseguido sequer modernizar suas estruturas e formas operacionais de comportamentos oficiosos.

O retrocesso em matéria de políticas públicas se deve ao fato de que desde o modelo de Estado Social já se exigia do Estado, prestações positivas em prol do cidadão, pois, conforme destaca Adriana da Costa Ricardo Schier<sup>296</sup>, “se deve ao Estado Social o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a estender a todos os indivíduos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais.”

No mesmo sentido, Eduardo Appio<sup>297</sup>, destaca que,

o traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado providência representa – no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo

---

<sup>295</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**.p.162.

<sup>296</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. p.71.

<sup>297</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. p.134.

e a redução do papel do Estado na direção da sociedade é sintomático da derrocada do Estado Providência.

Inobstante já houvesse, desde então, a previsão quanto a necessidade de implementação de políticas públicas, como destacado nos capítulos antecedentes, é no paradigma de Estado Constitucional, através dos propósitos democráticos trazidos pela Constituição Federal, que, a fim de proporcionar uma participação mais efetiva da sociedade, passa-se a instrumentalizar o controle sobre a responsabilidade conferida ao poder público no sentido de realizar as metas e os objetivos por ela designados.

Note-se que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação, conforme estabelecido nos incisos do art. 3º da Constituição Federal<sup>298</sup>, exigem a adoção de instrumentos por parte do Estado para a sua realização nos termos como dispostos na Constituição.

Daí porque, a afirmação de Américo Bedê Freire Junior<sup>299</sup>, para quem, “as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los”.

Não basta, portanto, a previsão de direitos, se em verdade vislumbram-se uma realidade como a destacada por Friedrich Müller<sup>300</sup>, a partir da qual, tem-se que,

---

<sup>298</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 01 mai 2008.

<sup>299</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**.p.48.

<sup>300</sup> MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social inda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradora Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.p.30.

dois bilhões de pessoas estão desempregados ou subempregados, mais de um bilhão vive na pobreza, mais de 800 milhões experimentam a fome aguda. O número de analfabetos chega ao limite de um bilhão, o exército dos desabrigados aumenta praticamente em todos os países. Para expressar isso na média nacional, quase quatro pessoas vivem em países com uma renda anual *per capita* inferior a US\$1.500.

Sendo assim, se o modelo expresso no Estado Constitucional pretende, verdadeiramente constituir-se em Estado Democrático de Direito, mister se faz, de acordo com Müller<sup>301</sup> que,

tal democracia constitucional, tal sistema democrático deva revelar-se simultaneamente plausível diante de todo o *demos* enquanto destinatário de todas as prestações econômicas e sociais, culturais e jurídicas garantidas, normativamente asseguradas e invocadas por toda a sociedade constituída.

Assim, a implementação das políticas públicas implica em uma intervenção do Estado na sociedade, na economia e na política através da execução de programas em busca de melhores condições de vida para os cidadãos, ou, nos termos utilizados por Ronald Dworkin<sup>302</sup>, uma espécie de padrão de conduta (*standard*) que orienta quais as metas que se devem alcançar e para onde o governo deve direcionar suas iniciativas, recursos e estruturas.

Desta forma, a necessária adoção de tais instrumentos implica, de acordo com Eloísa de Mattos Hofling<sup>303</sup> em colocar o “Estado em ação”, na medida em que se refere “a implantação de um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.”

---

<sup>301</sup> MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social inda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradora Geral do Município de Porto Alegre**.p.30.

<sup>302</sup> Segundo Ronald Dworkin, uma política pode ser definida como, “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.36).

<sup>303</sup> HOFLING, Eloísa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101326220010003000003&lng=pt&nrm=i\\_sq](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101326220010003000003&lng=pt&nrm=i_sq) Acesso em : 17 out. 2007.

Esta implantação de um projeto de governo ajustado a concretização material dos direitos fundamentais se impõe para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, visto que, como bem destaca Müller<sup>304</sup>, “se a maioria das pessoas/cidadãos/ dos titulares dos direitos eleitorais está perdida para a democracia, a própria democracia estará perdida.”

Assim, da adequada implementação das políticas públicas depende a subsistência da própria democracia, razão pela qual, pode-se entender que se constitui em um vínculo no Estado Democrático de Direito, obrigando o administrador a realizar as escolhas que reflitam numa melhor perspectiva de vida para seus cidadãos.

A partir de uma perspectiva garantista, verifica-se que, segundo Luigi Ferrajoli<sup>305</sup>,

los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar, vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.

Por isso, a partir de uma noção de democracia substancial impõe-se ao administrador a elaboração de planos de governo que contenham políticas públicas destinadas a satisfação efetiva dos direitos fundamentais, os quais, se configuram como vínculos para a subsistência da própria democracia.

Na medida em que se estabeleçam as prioridades sobre as quais se voltará a atenção estatal, conforme destaca Maria Paula Bucci<sup>306</sup>, ter-se-á que a adoção de políticas públicas compreende,

---

<sup>304</sup> MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social inda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradora Geral do Município de Porto Alegre**. p.51.

<sup>305</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantías: la ley del más débil**. p.23. “Os direitos fundamentais se configuram como outros tantos vínculos substanciais impostor a democracia política: vínculos negativos gerados pelos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar, vínculos positivos gerados pelos direitos sociais que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer.” (Tradução livre da autora)

<sup>306</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.p.252.

sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental (...); de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado a coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins de ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos.

Daí porque, Maria Goretti Dal Bosco e Paulo Roberto Dalla Valle<sup>307</sup> entenderem que o campo das políticas públicas constitui-se historicamente, no ambiente da discricionariedade administrativa, uma vez que, “as possibilidades de escolha atribuídas ao Executivo neste momento são amplas, e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos têm finalidade vinculada, como, por exemplo, no caso brasileiro, a educação e a saúde.”

Neste ensejo, em que pese possa existir uma discricionariedade quanto a adoção de uma ou outra política pública, ressalvadas as hipóteses em que a Constituição Federal expressamente as vincula, não se pode deixar de reconhecer a existência de um direito do cidadão a que o Estado as implemente, visto que, em qualquer direito fundamental extrai-se a existência de um correlato direito subjetivo ou ao menos o seu aspecto objetivo, sob pena de, em entendimento diverso, aceitar a redução da Constituição a mera retórica.

Assim é que, Dal Bosco e Dalla Valle<sup>308</sup>, afirmam que,

é nesse ponto que parece necessário retomar a Constituição dirigente, enquanto instrumento balizador da atividade pública, de modo a estabelecer critérios que reduzam as decisões distantes das reais necessidades dos administrados ao mínimo possível. Ou seja, um marco definidor de critérios hábeis a proporcionar

---

<sup>307</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais.** Disponível em: [http://conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_adm\\_pub\\_maria\\_dal\\_bosco\\_e\\_paulo\\_valle.pdf](http://conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf) Acesso em: 20 jul 2008.

<sup>308</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais.** Disponível em: [http://conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_adm\\_pub\\_maria\\_dal\\_bosco\\_e\\_paulo\\_valle.pdf](http://conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf) Acesso em: 20 jul.2008

escolhas adequadas pelo administrador tanto nos atos vinculados quanto naqueles discricionários.

Diante disso, se extrai a grande importância que a escolha de prioridades pelo administrador possui no Estado Constitucional, o qual refundou uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição e na força normativa dos direitos fundamentais, de modo que, segundo Dirley Cunha Junior<sup>309</sup>, passa-se a falar, então, em um “direito constitucional a efetivação da Constituição”.

Trata-se de buscar mecanismos para assegurar o efetivo exercício da cidadania e a realização dos fins delineados no paradigma de Estado Constitucional, de maneira que a atuação do Estado esteja ajustada com as necessidades sociais e contenha a sua participação para a definição de quais são as suas prioridades.

Quanto a isto, Thiago Lima Breus<sup>310</sup>, destaca que,

a ação estatal, que congrega a participação popular na tomada de decisão política, recebeu ampla referência na Carta Constitucional de 1988, que buscou promover uma descentralização do Poder público e a promoção de uma regulação social das políticas, com o escopo de possibilitar uma efetiva interação entre a sociedade civil e o Poder público, tanto no sentido da cooperação quanto no planejamento, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas.

Vislumbra-se, pois, uma decorrência do Estado Democrático de Direito cujo objetivo inclui uma participação popular racional nas tomadas de decisão políticas, não apenas como forma de legitimá-las, mas também de tornar efetiva a noção de gestão pública<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.p.45.

<sup>310</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. p.206.

<sup>311</sup> Osvaldo Ferreira de Melo explica que, “é preciso, acrescentamos nós, que cada vez mais, parte maior da sociedade tenha condições de exercício da sua cidadania para que se amplie sua capacidade de perceber quais são os seus legítimos direitos. Só assim, a sociedade terá

Nessa linha, a ampliação das políticas públicas, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci<sup>312</sup>, implica em

aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.

Diante disso, torna-se inevitável o reconhecimento da interpenetração entre a política e o direito, servindo-se para tanto, do entendimento de Francisco Duarte, Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Sérgio Cademartori<sup>313</sup>, a partir do qual,

a inter relação entre os campos da Política e do Direito nos atuais contextos institucionais, pode ser visualizada a partir de uma configuração de tais campos como sistemas que, embora fechados na sua lógica de atuação e fundamentação interna, admitem a troca de informações ou dados, os quais são processados internamente, quando advindos de outro sistema, a partir dos seus próprios critérios procedimentais e de codificação própria.

Trata-se, portanto, de um necessário redimensionamento da teoria da separação dos poderes, visto que, embora os sistemas da política e do direito,

se apresentem normativamente fechados, a partir de códigos binários específicos (válido/inválido no sistema do direito, ou ter o poder de/ não ter o poder de, no sistema político) são, de outra parte, cognoscitivamente abertos às informações (ou perturbações do ambiente externo) advindas de outros sistemas.<sup>314</sup>

---

dimensionada sua capacidade reivindicatória num espaço de autonomia e criatividade.” (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 110).

<sup>312</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**.p.241-242.

<sup>313</sup> DUARTE, Francisco, CADEMARTORI, Luiz Henrique e CADEMARTORI, Sérgio. **Governança Sustentável**: Nos Paradigmas Sistêmico e Neoconstitucional. p.126

<sup>314</sup> DUARTE, Francisco, CADEMARTORI, Luiz Henrique e CADEMARTORI, Sérgio. **Governança Sustentável**: Nos Paradigmas Sistêmico e Neoconstitucional. p.126

Com isso, verifica-se que, o mecanismo que torna possível o entrecruzamento de esferas, tais como a política e jurídica, é a própria Constituição “por deter um caráter simultaneamente político, moral e jurídico, servindo como interface de acoplamento entre tais sistemas, sem acarretar a perda de legitimidade ou especificidade funcional para nenhum deles.”<sup>315</sup>

É justamente a partir disto, que se passa a focar a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em campo político onde reside a formulação e a execução de políticas públicas, especialmente tendo em vista que, como bem destaca Valmir Pontes Filho<sup>316</sup>,

quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente haverá 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.

A partir desta breve contextualização quanto as políticas públicas no paradigma de Estado Constitucional passa-se, na seqüência, a analisar o relevante aspecto do controle exercido pelo Poder Judiciário, quer seja diante de uma omissão total do Estado na sua implementação, ou, mesmo quando presente uma omissão parcial neste sentido que ocasione um desajuste em relação a satisfação dos direitos fundamentais.

---

<sup>315</sup> DUARTE, Francisco, CADEMARTORI, Luiz Henrique e CADEMARTORI, Sérgio. **Governança Sustentável**: Nos Paradigmas Sistêmico e Neoconstitucional. p.128.

<sup>316</sup> PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas**: cadernos de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.p.244.

### 3.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

O presente tópico volta-se ao exame do controle exercido pelo Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, a fim de analisar os limites e os vínculos da atuação jurisdicional sobre as mesmas.

A perspectiva abordada parte da noção de que ao Poder Judiciário, no modelo de Estado Constitucional, caberá o exercício da jurisdição constitucional, a qual, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>317</sup>, “está vinculada não somente com a limitação do poder estatal e da atividade legislativa, mas sim com a tutela dos direitos fundamentais”.

Diante disso, a missão atribuída ao Poder Judiciário encontra-se voltada a garantia da supremacia constitucional, de modo que cumprirá ao Poder Judiciário exercer o controle sempre que o Estado deixe de promover a tutela dos direitos fundamentais ou a faça de maneira insuficiente.

Veja-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º<sup>318</sup>, dispõe acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ensejando, portanto, ao Poder público a responsabilidade de efetivar os direitos nela constantes.

Note-se que de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>319</sup>, sustenta-se que, “a norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais” e sendo assim, a norma constitucional investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias constitucionais sejam reais e efetivos.

---

<sup>317</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (Org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo**.p.143.

<sup>318</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 01 mai 2008.

<sup>319</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.262.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>320</sup>, prossegue explicando que,

da mesma forma em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder – dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia.

Torna-se, portanto, necessário averiguar, no caso concreto, se existe um direito fundamental sendo lesado ou ameaçado, bem como, se isto ocorre em razão de descumprimento por parte do Estado das suas atribuições constitucionais, justificando-se, nestas hipóteses o exercício do controle jurisdicional.

Veja-se que o art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Deste modo, de acordo com Américo Bedê Freire Junior<sup>321</sup>, uma interpretação adequada do dispositivo “leva a conclusão de que não somente a lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle.”

No mesmo sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>322</sup>, ressalta que,

os sistemas constitucionais deste final de século encarecem o papel do Poder Judiciário como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos.

Quanto a isso Luz Henrique Urquhart Cademartori<sup>323</sup>, entende que no modelo de Estado Constitucional,

---

<sup>320</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.262.

<sup>321</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.71.

<sup>322</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm) Acesso em 10 jul 2005.

<sup>323</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade Administrativa**. p. 171.

a tarefa do julgador, ao controlar a atuação administrativa, não se limitará a um controle técnico da legalidade desta. A o contrário, estará vinculado a uma integração e correção jurídico constitucional do ponto de vista substancial desta atividade. Isto ocorrerá independente desta atuação estar expressa em atos concretos ou normativos, administrativos ou de governo.

Diante disso, ressaltam-se duas situações específicas sujeitas ao controle, primeiramente, quando o poder público deixa de implementar as políticas públicas necessárias a satisfação do interesse público, e em segundo lugar, quando, mesmo as implementando, o faz de maneira insuficiente ou desajustada das necessidades sociais.

Note-se que no primeiro caso, de acordo com Américo Bedê Freire Júnior<sup>324</sup>, tem-se

a omissão total que não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual, maquiavelicamente, aprovou o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer sanção pelo descumprimento da norma.

Diante disso, por força da aplicabilidade imediata e da força normativa da Constituição Federal, entende-se existir uma verdadeira força vinculante que determina a adoção dos mecanismos suficientes e necessários para a garantia dos direitos fundamentais.

Veja-se que de acordo com Freire Junior<sup>325</sup>, o Supremo Tribunal Federal, já no julgamento da ADIN 1458 em 1996, manifestava-se, desde logo, no sentido de que,

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 consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que poder ser total, quando é nenhuma a providência

---

<sup>324</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.66

<sup>325</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.84.

adotada ou parcial, quando é insuficiente à medida efetivada pelo Poder público (...) As situações configuradas de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

Portanto, como bem destaca Hirminia Dorigan de Matos Diniz<sup>326</sup>, “tão nefasta quanto a má eleição de condutas positivadas, é a omissão, é o não fazer. Sobremodo quando este não fazer, vem ainda maculado pelo desvio de poder por omissão”. Nestes casos, tem-se que o não agir do poder público expõe o cidadão a lesão ou ameaça a direitos, os quais por força da Constituição deveriam ser imediatamente assegurados.

Rogério Gesta Leal<sup>327</sup>, explica que, “quando estas políticas públicas ou ações estratégicas dos poderes competentes não ocorrerem, o Poder Judiciário no Brasil é chamado à colação (...)”. Portanto, o Poder Judiciário passa a desempenhar um papel de extrema relevância na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais.

Veja-se que esta discussão concernente a formulação e implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, analisada pelo Supremo Tribunal Federal, na apreciação da ADPF 45<sup>328</sup>, obteve do Ministro Celso de Mello o seguinte posicionamento,

tal incumbência, 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

---

<sup>326</sup> DINIZ, Herminia Dorigan de Matos. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Curitiba, 2002. 53f. Monografia (especialização em direito administrativo) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

<sup>327</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. p.169.

<sup>328</sup> AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 45, de 29/04/2004, Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte:PSDB; Argüido: Presidente da República, p.2. Disponível em [www.stf.gov.br/dj](http://www.stf.gov.br/dj) Acesso em 20/02/2005.

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.

Veja-se ainda que, Alex Amorim de Miranda<sup>329</sup>, diante de um caso concreto, ao tratar do controle exercido pelo Poder Judiciário ressalta que,

se não for possível recorrer ao Judiciário para coibir ato violador dos direitos civis – mais que isso – direitos e garantias individuais resguardados constitucionalmente- como os direitos a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a quem o individuo poderia recorrer?

Assim caberá o controle jurisdicional, não apenas diante da omissão total dos poderes públicos na implementação de políticas públicas, mas também, quando houver a chamada omissão parcial.

Veja-se que, Américo Bedê Freire Júnior<sup>330</sup> destaca que, outra faceta importante a ser analisada é a omissão parcial, em que se verifica que “de fato, existem políticas públicas, mas ou elas são insuficientes para atender a demanda, ou o critério adotado pela política pública exclui determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência.”

Também quanto a isto, Dirley Cunha Junior<sup>331</sup> explica que a omissão parcial se dá, “quando o censurável silêncio do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos na Constituição.”

Neste contexto, novamente caberá o controle jurisdicional sobre as políticas públicas, visto que serão insuficientes para atingir os propósitos da Constituição Federal. Neste sentido, Eduardo Appio<sup>332</sup>, explica que,

---

<sup>329</sup> MIRANDA, Alex Amorim. **Aplicação de Verbas Públicas – Judiciário X Legislativo**. Disponível em : [www.anpr.org.br/boletim/boletim14/aplica.htm](http://www.anpr.org.br/boletim/boletim14/aplica.htm). Acesso em: 19 jan. 2006.

<sup>330</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.81.

<sup>331</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.p.122.

<sup>332</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p.57.

políticas públicas que não possam ser sustentadas a partir de princípios constitucionais, através de critérios de justiça distributiva não são moralmente justificadas, e, portanto, não devem ser aceitas como normas válidas de comportamento.

Ademais, disso, cumpre ressaltar que o exercício do controle jurisdicional sobre as políticas públicas, se dará, em conformidade com Eduardo Appio<sup>333</sup>,

em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução e avaliação.

Note-se assim, que, numa perspectiva garantista, verifica-se que em matéria de políticas públicas, a discricionariedade do administrador público deve ser entendida, desde que vinculada, a atenção voltada ao atendimento do básico essencial aos administrados, ou seja, seus direitos fundamentais<sup>334</sup>, sendo que, somente a partir disto é que se poderia permitir ao poder público algum grau de discricionariedade.

Sobre isso, Maria Goreti Dal Bosco e Paulo Roberto Dalla Valle<sup>335</sup>, explicam que,

o administrador público, portanto, só pode escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir com o básico, pois enquanto não o fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades outras, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.

---

<sup>333</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p. 135.

<sup>334</sup> Juarez Freitas, quanto a isto destaca que, “a interpretação deve ser de molde a levar as últimas conseqüências a ‘fundamentalidade’ dos direitos, afirmando a unicidade do regime dos direitos das varias gerações, bem como a presença de direitos fundamentais em qualquer relação jurídica.” (FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos**. p.98).

<sup>335</sup> DAL BOSCO, Maria Goreti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais**. Disponível em: [http://conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_adm\\_pub\\_maria\\_dal\\_bosco\\_e\\_paulo\\_valle.pdf](http://conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf) Acesso em 14 de setembro de 2008.

Portanto, uma vez que das escolhas do administrador decorram omissões totais ou parciais no que concerne à implementação de políticas públicas destinadas a satisfazer os direitos fundamentais e que, com isso, se verifique a lesão ou ameaça a tais direitos, cumprirá ao Poder Judiciário realizar o correspondente controle.

### 3.2.1 Limites do Controle Jurisdicional

Na medida em que se compreende que no modelo de Estado Constitucional cabe ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, o controle sobre as políticas públicas, necessário se faz analisar quais os limites a que se encontra sujeito, visando evitar que esta modalidade de controle se transforme em instrumento de subjetivismos e voluntarismos.

Note-se que Américo Bedê Freire Júnior<sup>336</sup>, inclusive, quanto a isso destaca que, “por outro lado não podem os juízes também, a pretexto de interpretar e efetivar a Constituição, utilizar seus subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional”.

Com a mesma preocupação, Eduardo Appio<sup>337</sup>, explica que “as conseqüências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, traria conseqüências políticas importantes.”

Por esta razão, em que pese a perspectiva garantista adotada nesta pesquisa leve em consideração a máxima eficácia possível as normas definidoras dos direitos fundamentais, se passa, na seqüência, a tratar acerca dos possíveis limites existentes no exercício do controle pelo Poder Judiciário, visto que, de acordo com Thiago Lima Breus<sup>338</sup>,

para que se possa compreender adequadamente o mecanismo de atuação do Estado por meio das políticas públicas é

---

<sup>336</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.119.

<sup>337</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p. 150.

<sup>338</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea** p. 231.

imprescindível o exame dos elementos que afetam a sua realização.

### **3.2.1.1 Argumentos contrários a formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário**

Entre os argumentos contrários a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, destaca-se, primeiramente a questão da falta de legitimidade dos juízes na sua elaboração e implementação. Isto ocorre, porque segundo Eduardo Appio<sup>339</sup>,

a título de controlar a execução de uma política pública, os juízes não somente anulam os atos administrativos praticados, mas alteram seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva, com o que se pode falar em atividade administrativa do Poder Judiciário. O mesmo sucede no tocante ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quando então os juízes passam a desenvolver uma atividade substitutiva, na qualidade de verdadeiros legisladores positivos.

Neste contexto, o questionamento quanto a legitimidade do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, assume uma posição que reflete até mesmo na estrutura do Estado Democrático de Direito, haja vista que, a partir deste entendimento, os juízes não sendo eleitos, não possuem a função de elaborar do direito, porque não se submeteram as regras necessárias para tanto, no jogo democrático.

Diante disso, segundo Américo Bedê Freire Júnior<sup>340</sup>,

haveria na atuação dos juízes em matéria política uma legítima invasão de poder reservado a outra função estatal. Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente num

---

<sup>339</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**.p.138.

<sup>340</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.51.

arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas.

Este mesmo entendimento leva em consideração o fato de que as escolhas nas aplicações dos recursos financeiros devem ser feitas pelos representantes do povo legitimamente eleitos e não por juízes. O pano de fundo desta discussão se encontra na possibilidade do Poder Judiciário realizar um controle político.

Quanto a isso, contudo, é necessário de que diferenciem os conceitos de político e de política<sup>341</sup>. Note-se que a política está relacionada aos jogos de poder, na sua aquisição e manutenção, relacionando-se com a disputa eleitoral. Já o político, por sua vez, “diz respeito a instituição de um espaço público no qual se propaga um questionamento constante do Direito, o que faz com que este não estagne e que novos direitos surjam”, conforme conceitua Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>342</sup>.

Note-se, contudo, como bem destaca Luigi Ferrajoli<sup>343</sup> que,

a política e o mercado, ou seja, os lugares e as formas das decisões, acabam por se configurar como a esfera do decidível, rigorosamente circunscrita pela esfera do indecidível, representada pelos direitos fundamentais e subtraída tanto a decisão política como a negociação do mercado.

Diante disso, entende-se que o Poder Judiciário não atua na esfera política, mas sim na esfera da acepção anteriormente atribuída, por Lefort, ao político. Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>344</sup>, conclui, assim que,

ele haverá de interpretar a norma de acordo com a Constituição e seus princípios, implícitos e também explícitos, buscando assegurar, no maior grau possível a proteção dos direitos

---

<sup>341</sup> LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática**. Trad. Isabel Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1982.

<sup>342</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p.169.

<sup>343</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. In: **Revista do Ministério Público**. n.61, 1996, p.10/11.

<sup>344</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p.170.

afetados. Saliente-se, a respeito disso, que a Constituição entendida como carta política, encontra no Judiciário como poder estatal político (no sentido lefortiano), o seu principal intérprete.

Além deste fundamento e também em decorrência dele, ainda são levantados outros argumentos, conforme enumera Eduardo Appio<sup>345</sup>,

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 identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nesses casos, com as informações prestada pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade fim do Poder Judiciário é a de 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 da discricionariedade existindo verdadeira “reserva especial de administração”. (...) (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto poder político, na medida em que teria que suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais poderes (...) 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(...)

Vislumbra-se, assim, que as questões atinentes a judicialização das políticas públicas remontam novamente a discussão estabelecida no capítulo anterior quanto ao princípio da separação de poderes do Estado.

Entretanto, conforme oportunamente verificado, mesmo o referido princípio deve sofrer uma releitura a partir do modelo de Estado Constitucional, de modo que o fundamento para a possibilidade de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário reside na própria supremacia da

---

<sup>345</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. p.151.

Constituição Federal, e neste caso, segundo Eduardo Appio<sup>346</sup>, o Poder Judiciário, “estará definindo limites a atuação dos demais Poderes, os quais, não poderão atuar com discricionariedade plena, porque vinculados a deveres e objetivos impostos pela Constituição.”

Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart<sup>347</sup>, explica que independentemente das funções típicas de cada poder, cabe ao papel do Poder Judiciário velar pelo cumprimento da Constituição Federal, de modo que,

valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que a sua preocupação não é de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação a condução dada pelo Estado; também não está se colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze - como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.

Não se vislumbra, portanto, fundamento na alegação, de que ao permitir o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, busca-se, tolher a democracia participativa, transformando cidadãos em clientes de um Estado paternalista. “Em verdade, o Poder Judiciário se transforma em instância de

---

<sup>346</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. p.66.

<sup>347</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> Acesso em 19 jan. 2006.

efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos”, conforme reflexão de José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>348</sup>.

Até porque, conforme observação de Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>349</sup>,

verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa, construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.

Também assim, Juarez Freitas<sup>350</sup>, assevera acerca do papel do Poder Judiciário, que,

o intérprete precisa considerar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de prestar a tutela, de sorte a facilitar ao máximo o acesso legítimo do jurisdicionado. (...) Ora em face de ser o juiz o detentor único da jurisdição, surge o amplo e irrenunciável acesso a tutela jurisdicional como uma espécie de contrapartida lógica a ser profundamente respeitada.

No mesmo sentido, destaca-se o reconhecimento pelo Min. Celso de Mello, na ADPF 45<sup>351</sup>, ao afirmar, “(...) 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 (...)”

Com isso, em que pese os argumentos contrários ao exercício do controle jurisdicional, entre os quais o de que, isto conferiria ao Poder

---

<sup>348</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254> Acesso em 22 out. 2005.

<sup>349</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.** Brasília, n.131, p.283-295, jul./set. 1996. p.285.

<sup>350</sup> FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos.** p.66.

<sup>351</sup> AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 45, de 29/04/2004, Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte:PSDB; Argüido: Presidente da República, p.2. Disponível em [www.stf.gov.br/dj](http://www.stf.gov.br/dj) Acesso em 20/02/2005.

Judiciário o *status* de super poder, entende-se, de acordo com Gustavo Zagrebelski<sup>352</sup>, para quem,

(...)los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Diante desta perspectiva, o Poder Judiciário estará legitimado a exercê-lo, pois, de acordo com Leal<sup>353</sup>, “pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades desta República Federativa (...)”.

### **3.2.1.2 A reserva do possível e a legislação orçamentária**

Outra relevante variável existente quando se fala em controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário encontra-se na chamada reserva do possível. Trata-se de uma forma de analisar a questão, a partir da escassez de recursos econômicos para custear as políticas públicas.

Ana Paula de Barcellos<sup>354</sup>, quanto a isto explica que esta expressão,

<sup>352</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995. p.153. “Hoje, certamente, os juízes tem uma grande responsabilidade na vida do direito, desconhecida dos ordenamentos do Estado legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido que foram os legisladores do século passado. São mais precisamente os garantidores da completude estrutural do direito no Estado constitucional, quer dizer, os garantidores da necessária e dúctil coexistência entre lei, direito e justiça. E mais, podemos afirmar como conclusão que entre o Estado constitucional e qualquer senhor do direito há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto de propriedade de alguém, mas deve ser objeto do cuidado de todos.” (Tradução livre da autora)

<sup>353</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**.p.173.

<sup>354</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui compreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Diante disso, verifica-se um confronto entre as necessidades sociais infinitas e os recursos econômicos finitos, acarretando-se a impossibilidade de atendimento integral a demanda. Esta situação, voltada para a questão jurídica significa a impossibilidade de se ordenar uma despesa sem que exista a correspondente dotação orçamentária, para suportá-la.

Assim, conforme Thiago Lima Breus<sup>355</sup>, é de notória ciência “que o planejamento, a implementação e o controle de políticas públicas levadas a efeito pelo Estado dependem, inequivocamente, da disponibilização de recursos públicos.”

Por esta razão, a teoria da reserva do possível, levada a efeito a partir de teorias fundamentadas nos custos dos direitos<sup>356</sup>, defende a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de um determinado direito pode causar<sup>357</sup>.

Trata-se de uma teoria surgida na Alemanha, a partir da qual, a prestação reclamada pelo administrado deve corresponder ao que o

---

<sup>355</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p.231.

<sup>356</sup> Flavo Galdino conclui que, “Não há falar, portanto, em direitos fundamentais negativos, ou, o que é pior, em direitos fundamentais ‘gratuitos’, até, porque, como já se pode perceber, direitos não nascem em árvores.” (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.p.215)

<sup>357</sup> Quanto a isso, Daniel Goldberg explica que, “o *law and economics* tem duas dimensões, uma positiva e uma normativa. Na dimensão positiva, tenta descrever o fenômeno jurídico a partir de critério e metodologia econômicos. Na dimensão normativa, propõe que políticas públicas e o próprio processo de interpretação constitutiva do direito se pautem por critérios de eficiência. (...) Na abordagem econômica do direito, a forma de captar o incremento de satisfação, utilidade ou bem estar dos indivíduos se dá a partir do sistema de preços.” (GOLDBERG, Daniel. **Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário: Welfarismo em um Mundo Imperfeito**. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/regulacaonobrasil/Arg07\\_Cap03.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/regulacaonobrasil/Arg07_Cap03.pdf) Acesso em 27 mar. 2007)

indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, ou seja, leva em consideração a existência de um limite fático ao exercício dos direitos fundamentais prestacionais no que concerne a disponibilidade material e jurídica dos recursos necessários para tanto.

O caso narrado pela doutrina, segundo Andréas Krell<sup>358</sup> diz respeito a uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, que considerou que o Estado não era obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades, e que, portanto, os direitos prestacionais estão condicionados ao limite do razoável.

Entretanto, de acordo com o referido autor, na Europa, essa possibilidade pode ser considerada, já que as prestações públicas podem ser satisfeitas com maior facilidade, uma vez que presente a estabilidade econômica, assim como os controles sociais são mais eficientes e as políticas públicas atingem o maior número de administrados, cabendo, portanto, a discussão dos limites do Estado Social e até a redução das prestações, o que não tem correspondência na realidade brasileira, onde o Estado Providencia nunca foi implantado<sup>359</sup>.

No mesmo sentido, Américo Bedê Freire Júnior<sup>360</sup>, questiona: “afinal, como importar limites de uma sociedade tão diferente, especialmente quanto à garantia mínima de direitos?” e prossegue “será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda de governo?”

Por esta razão, entende-se que a teoria da reserva do possível frente ao modelo de Estado Constitucional e à realidade brasileira, em que pese deva ser reconhecida como forma de racionalizar o controle jurisdicional de políticas públicas, não deve ser entendida como óbice a sua realização.

---

<sup>358</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.p. 52.

<sup>359</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'**.p. 52.

<sup>360</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p. 74.

Veja-se que, os poderes públicos, responsáveis pela implementação de políticas públicas possuem mecanismos capazes de diagnosticar as reais necessidades sociais e, portanto, a partir de um adequado planejamento administrativo poderão reservar previamente os recursos financeiros que se fizerem necessários para tanto.

Caso assim não o façam, estão deixando de considerar que a discricionariedade na escolha das políticas públicas, conforme defendido em capítulo anterior, está vinculada prioritariamente a satisfação dos direitos fundamentais e, portanto, estarão violando o disposto no sistema constitucional, o qual autoriza o Poder Judiciário a readequar os recursos existentes para aquilo que se constitui em objetivo e fim do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade humana.

Assim, não se pode aceitar, numa sociedade que se pretenda justa e solidária, que o próprio responsável pela satisfação dos direitos fundamentais, em especial os sociais, priorize despesas outras que não sejam relacionadas a concretização material do interesse público.

Eduardo Appio<sup>361</sup> explica que,

a argumentação dos governos consiste em afirmar que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva, considerando que a definição dos valores a serem destinados a um determinado programa social depende da vontade do Poder Executivo, o qual encaminha a lei orçamentária anual, e ao Congresso Nacional que tem a incumbência de aprová-la e mesmo de emendá-la. Ademais, o Poder Judiciário teria de indicar as fontes dos recursos destas novas despesas, o que esbarra na chamada reserva do possível, quando então os gastos dos governos estão previamente limitados por suas receitas.

Tem-se, assim, uma prática recorrente no Brasil que tende a utilizar as políticas públicas, tão somente como propaganda de governo, deixando de considerar a implementação daquelas públicas como um ato de

---

<sup>361</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. p. 175.

responsabilidade política. Para estes casos, a reserva do possível é levantada como um argumento que inviabiliza o controle jurisdicional de políticas públicas.

Veja-se que, Thiago Lima Breus<sup>362</sup>, destaca quanto a isso que,

é sob este horizonte que a reserva do possível acabou surgindo como um elemento retórico de grande força no sentido de extrair a eficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, haja vista que segundo argumentam os teóricos do neoliberalismo, ainda que existisse vontade política, nada poderia ser feito, em face da escassez de recursos.

Nessas circunstâncias, entende-se que, inclusive a escassez de recursos deve ser objeto de conhecimento por parte do Poder Judiciário, de maneira que se verifique a diferença entre o que não é possível, porque comprovadamente não existem recursos suficientes, os quais estão se prestando ao atendimento de direitos fundamentais, e o que não é possível, porque os recursos encontram-se satisfazendo necessidades outras que não os direitos fundamentais.

Neste sentido, Américo Bedê Freire Júnior<sup>363</sup> assevera que,

há vários modos de analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula supra legal de descumprimento da Constituição e há o modo como enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais.

Desta maneira, em conformidade com Thiago Lima Breus<sup>364</sup>, “impõe-se distinguir um argumento relacionado com a inexistência de recursos necessários a concretização de um dever constitucional, em relação à alocação de recursos procedida contrariamente às disposições constitucionais.”

---

<sup>362</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p. 239.

<sup>363</sup> FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.75.

<sup>364</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p. 241.

Até porque, mesmo que as estimativas do governo não correspondam a realidade, verifica-se a possibilidade de apresentação de emendas à legislação orçamentária anual com o objetivo de atender a uma situação não prevista<sup>365</sup>, de modo que, de acordo com Américo Bedê Freire Júnior<sup>366</sup>,

quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídico somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial.

Daí porque, se compreende pela impossibilidade de permitir que circunstâncias formais sirvam de entrave a concretização material dos direitos fundamentais. Não se pretende, com isso, de maneira alguma, desprezar o relevante papel da legislação orçamentária, entretanto, vislumbra-se o imperativo de que sua elaboração e mesmo eventuais alterações se prestem ao cumprimento dos vínculos inafastáveis dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, os quais deverão ser adequadamente viabilizados por aquela<sup>367</sup>.

Assim, conforme destacado por Andréas Krell<sup>368</sup>, tem-se que, “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude mais ativa na realização desses fins sociais (...).”

---

<sup>365</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. p. 175.

<sup>366</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p. 76.

<sup>367</sup> Até porque, como bem destaca Osvaldo Ferreira de Melo, “claro que não se preconiza ingenuamente uma situação quimérica que venha caracterizar-se pela impossível distribuição geral e isonômica de bens e serviços, mas sim pela repartição, tanto quanto possível, eqüitativa dos benefícios sociais que configuram como direitos básicos da pessoa humana, o que inclui as condições de pleno exercício da cidadania. No caso de incompatibilidade entre os objetivos da Política do Direito e qualquer outra política conduzida pelo Estado ou por este patrocinada, o mundo jurídico tem condições (e principalmente obrigação) de mobilizar todo o seu poderoso arsenal teórico e institucional, que inclui a doutrina, o magistério, o debate legislativo e especialmente a ação de um poder judiciário independente e bem preparado, para garantir a opção pelos valores humanos, em detrimento dos produtos da dominação e daquilo convencionalmente instituído.” (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos de Política Jurídica**. p.20)

<sup>368</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. p.99 -101.

Veja-se quanto a isso que, segundo bem acentuam Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández<sup>369</sup>,

a Administración (...) no es um poder soberano, sino uma organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simplicísima e inconstestable razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general del Derecho en la materia de que se trate.

Portanto, a legislação orçamentária e mesmo a limitação fática da reserva do possível deverão ser encaradas como meios através dos quais, o Poder público deverá viabilizar e não obstar ou afastar a implementação das políticas públicas que de fizerem necessárias.

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que se faça necessária a construção de uma escola para prestação de ensino básico. Não há como desconsiderar os custos e os impactos orçamentários que advirão. Entretanto, entende-se que a partir de uma verificação orçamentária, pode-se viabilizar a construção da referida escola, e se assim não for possível por uma verdadeira escassez de recursos, deve-se viabilizar, então, a inclusão de verba para a construção no exercício financeiro seguinte.

Portanto, o que se pretende é que, a legislação orçamentária, assim como, a reserva do possível não se torne óbice intransponível para a eficácia dos direitos fundamentais, mas sim que sirvam como instrumentos para a viabilização progressiva dos direitos fundamentais sociais.

Como bem destaca Rogério Gesta Leal<sup>370</sup>,

---

<sup>369</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. p.400. "A Administração (...) não é um poder soberano, mas uma organização subalterna a serviço da comunidade e por esta simplíssima e incontestável razão não poder pretender apartar em um caso concreto, utilizando uma faculdade discricionária, a exigência particular e determinada que emana de um princípio geral de Direito na matéria de que se trate." (Tradução livre da autora)

<sup>370</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. p.176.

quantos compromissos já foram violados – por ação e omissão do Estado e de setores organizados da Sociedade Civil, que voltaram as costas para as demandas sociais de massas existentes no país, exatamente através de armadilhas e artimanhas legislativas ou executivas manipulando orçamentos, leis, planos de governos etc., sem nenhuma tipo de ação restauradora ou reponsabilizante.

Se há, e inevitavelmente haverá, maior demanda social do que recursos disponíveis, a obrigação do Poder público consiste em planejar da melhor forma possível a sua utilização racional e adequada cabendo ao Poder Judiciário o controle correspondente sempre que assim não se realizar<sup>371</sup>.

Até porque, a limitação de recursos não se caracteriza como impedimento à realização material dos direitos fundamentais, mas sim, como obrigação de que o Poder público reserve os recursos disponíveis para o desenvolvimento das políticas públicas necessárias.

### **3.2.1.3 O mínimo existencial**

Cumprir destacar, ainda que rapidamente, por não constituir objeto principal do presente estudo, o que alguns autores levantam como sendo a questão do chamado mínimo existencial, utilizando-o, a fim de justificar uma limitação nas políticas públicas adotadas pelo Poder público.

Veja-se que, Ricardo Lobo Torres<sup>372</sup>, afirma que, “a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial(…)” defendendo a tese de que, apenas o que for considerado imprescindível é que deve ser reconhecido a título de direitos sociais.

Portanto, conforme conceitua Ana Paula Barcellos<sup>373</sup>, o chamado mínimo existencial constitui-se nas “condições materiais básicas para a

---

<sup>371</sup> Note-se ainda, que Américo Bedê Freire Júnior bem observa que, “a depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente.” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. p. 76)

<sup>372</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.01

<sup>373</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais** p.248.

existência, que corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana a que se deve reconhecer eficácia jurídica positiva”.

Entretanto, quanto a isso, veja-se que, conforme Robert Alexy, “caso o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes ou encontrasse no mercado uma oferta suficiente poderia obtê-los dos particulares.”

Deste modo, entende-se que se a Constituição Federal destinou uma especial proteção a dignidade humana, há que se reconhecer, para tanto, uma proteção conseqüente aos direitos sociais que a compõem.

Por conta disso, conforme argumenta Andréas Krell<sup>374</sup>,

é obrigação do Estado controlar os riscos resultantes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim numa sociedade onde existe a cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade.

Thiago Lima Breus<sup>375</sup>, também tratando sobre a teoria do mínimo existencial destaca que, “tem função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”.

Nesta linha, entende-se que, em verdade, não haverá política pública desvinculada de seu propósito maior, qual seja, alcançar a satisfação dos interesses públicos, através da consagração da dignidade humana. Se assim for, estar-se-á diante de uma política pública ausente ou insuficiente, e em ambas, conforme já destacado, entende-se, não apenas possível como necessário o exercício do controle jurisdicional.

---

<sup>374</sup> KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.** [s.n] [s.d.] p.42.

<sup>375</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea** p.193.

### 3.2.2 Os vínculos do controle jurisdicional

Diante do que restou demonstrado no item anterior, passa-se agora a analisar alguns pontos relacionados a possíveis diretrizes e parâmetros capazes de auxiliar no controle jurisdicional de políticas públicas, constituindo-se em mecanismos aptos a estabelecer os vínculos aos quais encontram-se sujeitos os poderes públicos.

Thiago Lima Breus<sup>376</sup>, tratando sobre a dificuldade nos estabelecimento de tais parâmetros explica que,

no Estado Constitucional, estes parâmetros só poderiam ser justificados se pudessem ser extraídos de modo absolutamente consistente da Constituição. Em última análise, essa dificuldade se situa na verificação constitucional sobre quais escopos do Estado decorrem da Constituição como atividade juridicamente vinculada e o que se encontra na esfera exclusiva de decisão política do administrador.

A partir do estabelecimento destes parâmetros entende-se que seria possível definir o que, a partir dessas metas gerais o Poder público estaria obrigado a realizar, prioritariamente, em matéria de políticas públicas.

#### 3.2.2.1 Políticas públicas vinculantes

Desde logo, destaca-se que os próprios direitos fundamentais, por si mesmos já constituem vínculos do Poder público na implementação de políticas públicas, visto que, de acordo com Paulo Ricardo Schier<sup>377</sup>,

são os direitos fundamentais, de certa maneira fundados na noção de dignidade da pessoa humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação. Assim não há Estado ou ao menos o Estado Democrático de Direito, desvinculado de

---

<sup>376</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p.254.

<sup>377</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**.p.55.

uma justificação ética. Ele não é e nem pode ser, destarte, um fim em si mesmo.

Por esta razão, Rogério Gesta Leal<sup>378</sup> trata da existência de políticas públicas constitucionais vinculantes, como sendo aquelas que,

independem da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores.

Neste sentido, verifica-se que determinadas políticas públicas deverão ser implementadas pelo Poder Público, tendo em vista as responsabilidades decorrentes das demandas sociais. Na medida em que tais políticas públicas não existirem haverá o legítimo interesse em acionar o Poder Judiciário, a fim de que proceda à defesa dos direitos fundamentais por elas amparados, sem que com isso se tenha a invasão de um poder sobre o outro, conforme já abordado<sup>379</sup>.

Também quanto a isso, Américo Bedê Freire Júnior<sup>380</sup>, destaca que,

a implantação de políticas públicas, especialmente quando exigidas constitucionalmente nunca pode ser considerada como questão pertencente a seara da mera conveniência e oportunidade do administrador. A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação respectiva, poderá ser acionado judicialmente (...)

Ademais disso, segundo Ana Paula de Barcellos<sup>381</sup>, a Constituição ainda estabelece em alguns casos “a quantidade de recursos

---

<sup>378</sup> LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. p.169.

<sup>379</sup> Marçal JUSTEN FILHO, ressalta que, “ não existe uma única teoria da separação de Poderes, compartilhada igualmente por todos os países. A teoria da separação de poderes é adotada em quase todos os países, mas com configurações próprias e inconfundíveis. (...) Mas todos os Estados compartilham uma experiência comum: a impossibilidade de separação absoluta de funções.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p.24)

<sup>380</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. p.79.

públicos disponíveis para serem aplicados às políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais.”

Nessas hipóteses, conforme Thiago Lima Breus<sup>382</sup>,

para a identificação dos parâmetros de controle judicial, é necessária a realização de apenas duas operações aritméticas: apurar o quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição sobre esses direitos, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições, e verificar se tais recursos estão efetivamente sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais antes indicados.

Trata-se, pois, especialmente dos índices constitucionais impostos à educação, à saúde e a seguridade social, os quais encontram-se dispostos expressamente na Constituição Federal<sup>383</sup> vinculando, portanto, a adoção de políticas públicas nestas searas, caracterizando um parâmetro capaz de orientar e legitimar o Poder Judiciário no exercício do controle de tais políticas públicas.

---

<sup>381</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n. 240, 2005. p. 96.

<sup>382</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. p. 255.

<sup>383</sup> Neste sentido, veja-se que a Constituição Federal prevê: Art.212 “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Ainda, Art. 198, § 2º, “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I- no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º; II- no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art.155 e dos recursos de que tratam os art. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III- no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os art. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. E também os art. 194 e 195 segundo os quais, Art. 194 “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações e iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos a saúde, a previdência e a assistência social.” Art. 195 “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 01 mai 2008.

### 3.2.2.2 A vedação do retrocesso

Outro parâmetro a ser utilizado refere-se a vedação do retrocesso, cujo fundamento reside na característica de historicidade ou generatividade atribuída aos direitos fundamentais, a partir da qual, segundo Álvaro Cruz<sup>384</sup> referenciando Norberto Bobbio, “assinala-se o gradualismo dos direitos fundamentais, destacando que eles, nem nasceram todos de uma vez (generatividade), nem de uma vez por todas (garantismo).”

Assim sendo, tem-se que os direitos fundamentais, conforme destaca Cibele Fernandes Dias Knoerr<sup>385</sup>, “são o resultado de uma conquista histórica de um povo e por esta razão não são direitos naturais”.

Nesta medida, se os direitos fundamentais foram sendo conquistados gradativamente ao longo da história, não se pode permitir atualmente uma interpretação ou aplicação quanto a eles que os restrinja de modo a não lhes conferir a eficácia que alcançaram.

Veja-se que, de acordo com Thiago Lima Breus<sup>386</sup>,

a vedação do retrocesso, porém, possui uma conotação que vai além das garantias expostas, pois que ela se volta ao impedimento, como instrumento jurídico de bloqueio, de atos que possam gerar retrocesso na intensidade do atendimento de Direitos Fundamentais, prestados pelo Estado.

Desta maneira, exige-se que o Estado mantenha através da garantia correspondente, os direitos fundamentais já alcançados, significando, assim, conforme salienta José Joaquim Gomes Canotilho<sup>387</sup> uma,

proibição de contra-revolução social ou da revolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos, uma

<sup>384</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.207.

<sup>385</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Direito Constitucional Didático**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 36.

<sup>386</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea p.262.

<sup>387</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.p.326.

vez obtido um determinado grau de realização passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Nesta perspectiva, a vedação do retrocesso reflete de acordo com Daniel Sarmiento<sup>388</sup>, o fato de que,

o rio de Heráclito não deve correr para trás. No atual estágio de desenvolvimento da humanidade, não seria possível, nem recomendável, retornar ao figurino do constitucionalismo liberal pré-weimariano, em que as constituições limitavam-se a organizar o Estado e a garantir alguns direitos individuais, sem apresentar qualquer projeto de transformação da sociedade.

Daí porque, entende-se que após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário ao exercer o controle da Administração Pública, especialmente em matéria de políticas públicas, assume o compromisso de vincular suas interpretações ao respeito de determinados valores fundamentais, protegendo este núcleo de qualquer espécie de atentado ou negligência.

Como bem destaca, novamente Daniel Sarmiento<sup>389</sup>,

o reconhecimento dos direitos sociais foi uma dura conquista da humanidade. Porém, conquista ainda mais importante é a de transpor o abismo que separa a norma da realidade social, para assegurar concretamente estes direitos, num mundo em que bilhões de pessoas vivem abaixo da linha da miséria.

Assim, pode-se observar que em matéria de políticas públicas a vedação do retrocesso pode caracterizar uma ferramenta importante, no sentido de que os direitos sociais sejam garantidos e assegurados a todos, impedindo-se que as políticas públicas tendentes a assegurar tais direitos sejam abolidas ou negligenciadas pelo Poder público.

---

<sup>388</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. p.161.

<sup>389</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. p.168.

### 3.2.2.3 A razoabilidade e a proporcionalidade

Além dos vínculos anteriormente expostos, entende-se que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade servem como parâmetro para o Poder Judiciário no exercício do controle sobre a Administração Pública, em especial quando se refere às políticas públicas.

Veja-se que, segundo Luiz Henrique Uquhart Cademartori<sup>390</sup>, “os princípios que operam, em última análise, como balizadores do controle jurisdicional sobre a atuação discricionária estatal são, basicamente, os da razoabilidade e proporcionalidade.”

Moacyr Motta da Silva<sup>391</sup>, em abordagem sobre a razoabilidade destaca que,

a palavra razoável deriva de razão, do mesmo campo semântico, o verbo *reri*, que em latim significa pensar, julgar, cuidar, crer. Por isso o pensamento que diz ser o homem um animal razoável. Homem razoável é aquele que investiga a relação entre os meios e fins. Significa buscar o meio termo, com renúncia de atitudes ou práticas de absolutismo.

Assim, no que concerne ao princípio da razoabilidade, tem-se de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>392</sup>, a partir da noção desenvolvida pela doutrina norte americana que,

a concepção do que seja razoável numa determinada decisão de autoridade pública, caracteriza-se como aquilo que contraria certos conceitos que, embora específicos, nem sempre a doutrina britânica determina. São eles, por exemplo, *wrong motive* (motivos errados), *improper purposes* (equivalente ao conceito de desvio de poder) além de má-fé ou intenção dolosa ou ainda abuso de poder, entre outros.

<sup>390</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p.113.

<sup>391</sup> SILVA, Moacyr Motta. O Princípio da Razoabilidade, como Expressão do Princípio da Justiça, e a Esfera de Poderes Jurisdicionais do Juiz. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo**. p.127.

<sup>392</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p.114.

A partir desses critérios se pode determinar quando uma atuação do administrador público encontra-se adequada ou não. Em matéria de políticas públicas, uma vez visualizada a sua implementação com esteio em qualquer dos fundamentos anteriores, restará inequívoca a necessidade de controle jurisdicional.

Veja-se que esta razoabilidade deve ser aferida não pelos padrões do administrador, mas sim, do contexto social em que a política pública foi ou deixou de ser adotada.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>393</sup>, destaca que,

embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.

Diante disso vislumbra-se que a razoabilidade se verificará a partir de um juízo de senso comum, devendo ser verificado no caso concreto, a partir da situação que se apresente. Com base nisso, servirá de parâmetro ao controle jurisdicional, portanto, sempre que a política pública adotada pelo administrador se afastar do que apregoa o princípio em questão.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, no âmbito brasileiro, veio a somar-se com o princípio da razoabilidade, de modo que de acordo com Karl Larenz<sup>394</sup>, pode ser traduzido no princípio da proibição do excesso, o qual configura-se, segundo ele, como uma “exigência de adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido.”

---

<sup>393</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.202.

<sup>394</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. Jose Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p.602.

Trata-se de princípio oriundo da doutrina alemã, cujas bases se verificam na obra de Rudolf Von Ihering<sup>395</sup> e cujo reconhecimento como princípio, se deu em meados do século XX na Alemanha, pretendendo significar que o poder público para atingir seus fins deve usar somente dos meios adequados à estes. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho<sup>396</sup>,

o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria desde então é considerada, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que foi introduzido no século XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. Art.212/1). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição do excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. Arts.18/2. 19/4, 265 e 266/2). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de direito outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais.

No Brasil, em que pese inexistia uma reconhecimento constitucional expresso, vislumbra-se que a sua existência decorre segundo Suzana de Toledo Barros<sup>397</sup>,

da força normativa dos direitos fundamentais, das garantias materiais e objetivas do estado de direito e é haurido principalmente da conjugação dos artigos 1º, inc.III; 3º, inc. I, 5º, *caput*, incs. II, XXXV, LIV e §§ 1º e 2º; 60º,§ 4º, inc. IV, servindo ainda aquele princípio de complemento à legalidade, convertendo-a em princípio da reserva legal proporcional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>398</sup>, em que pese trate o princípio da proporcionalidade como derivação lógica da razoabilidade<sup>399</sup>, entende que,

<sup>395</sup> Vide as obras intituladas "O Fim do Direito" e a "Luta pelo Direito", ambas do século passado.

<sup>396</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. p.382.

<sup>397</sup> BARROS, Susana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.p. 210-211.

não se pode chegar o ponto de admitir que *qualquer medida* adotada seja válida para conseguir determinada finalidade, ainda que esta esteja indicada com o uso de expressões indeterminadas. Haverá medidas que se adotadas serão manifestamente contrárias ao interesse público protegido pela lei; e haverá outras que serão manifestamente adequadas para a consecução daquele mesmo interesse público; e poderá haver outras tantas medidas que se situem em uma zona intermediária em que não haja a mesma adequação ou inadequação manifestas.

Reportando à questão das políticas públicas, resta claro, portanto, que não será qualquer política pública implementada que se prestará a satisfazer os direitos fundamentais, é necessário que exista uma adequação entre o direito fundamental que se pretende satisfazer e a política pública que será adotada.

Portanto, a idéia de proporcionalidade encontra-se ligada àquilo que é necessário e suficiente<sup>400</sup> para a adequada satisfação das

---

<sup>398</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.204.

<sup>399</sup> Uma parte da doutrina trata ambos os princípios como sendo sinônimos, entretanto, há que se destacar o fato de que distinguem em sua origem, visto que a razoabilidade conforme tratado anteriormente é oriunda da doutrina norte-americana, enquanto que a proporcionalidade surge na Alemanha. De qualquer forma, em que pese esta distinção, para fins da presente pesquisa, entende-se que ambos os conceitos encontram-se ligados, tendo em vista os valores que se destinam a tutelar, quais sejam uma reaproximação entre a ética e o Direito. Quanto a isso, Luis Roberto Barroso assinala que, “para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação de poderes e o Estado democrático de direito. Houve ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.” (BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, A. 6. n. 59. out 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em 03 de maio de 2005)

<sup>400</sup> Quanto a isso destaca-se Heinrich Scholler, ao afirmar que, “a jurisprudência acabou por desenvolver o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis: a lei, para corresponder ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*). Os requisitos da adequação e da necessidade significam, em primeira linha, que o objetivo almejado pelo legislador ou pela administração, assim como o meio utilizado deverá ser adequado e necessário.” (SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: **Revista de Direito Público**.n.2.1997)

necessidades sociais<sup>401</sup>. Sendo assim, sempre que o administrador público não realizar este juízo de “meio termo”, cumprirá ao Poder Judiciário realizá-lo.

No Estado Constitucional, os Direitos Fundamentais especialmente os sociais não podem deixar de ser satisfeitos, de maneira que, caso o administrador público, responsável pela implementação de políticas públicas, deixe de observar os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, cumpre ao Poder Judiciário a partir da missão que lhe é conferida pela jurisdição constitucional, controlar a atividade administrativa, a fim de que esta seja utilizada de maneira proporcional às necessidades de promoção plena de tais direitos.

Diante do que se expôs, destaca-se que o trabalho não se destina por certo, a esgotar a matéria nem formular conceitos novos nessa seara, contudo, dá-se por cumprido o objetivo do presente, na medida em que cumpra o dever acadêmico de expor situações e problematizar idéias referentes aos mecanismos e alternativas que o Direito pode oferecer para a superação dos graves problemas sociais e econômicos que a realidade brasileira tem apresentado.

Cumpra ainda, retomar as idéias constantes da epígrafe do presente trabalho, para novamente citar a atualidade do pensamento de Norberto Bobbio<sup>402</sup>, quando afirma que

o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. (...) Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim, qual é o modo mais seguro para

---

<sup>401</sup> Ressalta-se, aqui, que no paradigma de Estado Democrático de Direito a participação da sociedade civil, entendida como o verdadeiro centro de todas as políticas públicas, se mostra determinante para que o Poder público efetivamente conheça e satisfaça as suas reais necessidades. Para tanto, como bem destaca Osvaldo Ferreira de Melo, uma ação corretiva, aplicada às políticas públicas, “não implica em montar e persuadir modelos alternativos prepotentes em suas verdades, mas sim em favorecer um ambiente de ecologia política-jurídica que permita às pessoas e à própria sociedade ganharem autonomia para decidirem sobre como devam construir a sua paz, sua segurança, seu bem-estar, a qualidade e diretrizes de sua cultura.” (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos de Políticas Jurídica**.p.22)

<sup>402</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**.p.52.

garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez transcorrido o percurso que se pretendia trilhar com o presente trabalho, no qual espera-se ter ficado evidente que o intuito não foi o de apresentar conceitos novos, mas tão somente de reunir maiores elementos para o debate, entende-se conveniente, a título de considerações finais retomar algumas idéias lançadas no decorrer da presente.

Em linhas gerais, pretendeu-se demonstrar progressivamente as bases históricas e jurídico políticas que pautaram a Administração Pública na limitação do poder político, através da exposição dos paradigmas de Estado que se sucederam.

Destacou-se a contribuição de cada modelo, iniciando-se pelo Estado Absolutista, no qual o poder era tratado como uma dádiva atribuída ao soberano. Aos poucos o reconhecimento de que as figuras do rei e do Estado precisavam ser tratadas de modo distinto fez surgir de maneira incipiente uma vertente de ruptura com a ordem política tradicional.

Como conseqüência das revoluções burguesas e com o advento do Estado Liberal as decisões passam a ser legitimadas no consenso das massas, a partir de uma separação das funções do Estado e da necessidade de observância ao princípio da legalidade, não apenas para o cidadão, mas também, para o administrador público possibilitando-se o controle sobre os atos praticados.

Inobstante os avanços trazidos pelo modelo de Estado Liberal, procurou-se demonstrar a sua insuficiência em especial quanto à necessidade de que o Estado modificasse sua postura inicialmente abstencionista para uma maior intervenção voltada à questão social.

A partir disso, vislumbrou-se a incorporação de direitos aos cidadãos, a prestações positivas concedidas pelo Estado em seu benefício, ampliando a estrutura estatal e tornando-o mais ativo no cenário social.

Novamente se buscou esclarecer a insuficiência do modelo, tendo em vista a escassez de recursos suficientes para atender a crescente demanda social.

Surgiu neste momento a necessidade de que o Estado através de um planejamento adequado implementasse políticas públicas capazes de viabilizar estes direitos todos que foram consagrados nas Constituições.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 se verificou o surgimento de um Estado Democrático de Direito, que inseriu em seu texto, com especial destaque, a participação popular nas decisões fundamentais e a dignidade humana, como núcleo essencial.

O maior reflexo destacado em matéria de controle dos atos praticados pelo administrador surge com a vinculação à concretização material dos direitos fundamentais, direcionando-se a atividade administrativa para isso, como consequência da atenção conferida ao princípio da dignidade humana. Para tanto, o poder, até então, entendido como fim em si mesmo passou a ser tratado como instrumental à concretização dos direitos fundamentais.

Nesse quadro, abriu-se espaço para que o ato administrativo se sujeitasse a um controle que além da legalidade estrita, que se estende a todos os princípios decorrentes da Constituição Federal, demarcando-se com isso, os limites da atuação do administrador.

Por conseguinte, mesmo o ato administrativo discricionário passou a estar sujeito ao controle, especialmente quando verificado, no caso concreto que o administrador obrou fora dos propósitos do Estado Democrático de Direito.

Assim, em que pese quanto maior seja a vinculação do ato administrativo, mas fácil se demonstre a realização do controle, pretendeu-se demonstrar que, também diante da discricionariedade administrativa, este controle poderá ser exercido porque vinculado ao interesse público, o qual em última análise corresponde a concretização material dos direitos fundamentais.

A partir de uma perspectiva garantista, destacada em diversos momentos do presente trabalho, defendeu-se a existência de uma discricionariedade vinculada, vedando ao administrador a escolha de alternativa que se afaste das necessidades impostergáveis do cidadão, impondo uma vinculação finalística aos valores constitucionais.

Diante desta perspectiva de que os atos da Administração Pública, quer sejam vinculados ou discricionários, se destinam a satisfazer os direitos fundamentais, especialmente numa abordagem sob o viés garantista, a partir a qual tais direitos devem ser assegurados antes de qualquer outro, procurou-se demonstrar que cabe o controle sempre que não se prestarem a cumprir este mister.

Por esta razão, o Poder Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição se legitimará no exercício do controle sempre que se verificar a presença de um direito fundamental em situação de lesão ou ameaça, atuando através da jurisdição constitucional, como guardião da Constituição Federal.

Inobstante buscou-se explicitar as controvérsias existentes quanto a polêmica questão do controle judicial de atos administrativos, especialmente no que se refere aos discricionários, em virtude da ligação existente com questões que perpassam pela política.

Neste ensejo, tratou-se da questão da separação dos poderes do Estado como teoria que deve ser compreendida segundo modos, graus e critérios que variam de um Estado para outro, e, portanto, cuja leitura deve ser realizada no sentido de conferir ao Judiciário a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto.

Atualmente, o entendimento pautado na hermenêutica constitucional se volta no sentido de que o controle judicial se legitimará sempre que o ato emanado não se destinar a realização efetiva dos interesses públicos, tendo em vista que o Poder Judiciário se configura como o lugar de defesa do cidadão.

Da mesma maneira, a democracia substancial referida pelo garantismo impõe a existência de vínculos no Estado Democrático de Direito, entre os quais, os direitos fundamentais a partir de onde todo o sistema deverá ser orientado.

Expostos, pois, esses caracteres próprios do Estado Constitucional constatou-se na prática, uma grande dificuldade de reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, haja vista os números que denunciam a existência de uma grande lacuna no que pertine a adoção de mecanismos capazes de garanti-los.

Daí porque, se passou a tratar das políticas públicas como mecanismos centrais capazes de salvaguardar os direitos fundamentais, em especial os sociais. Por esta razão, a implementação de medidas adequadas às necessidades sociais efetivas, por parte do poder público, através de um planejamento adequado, pode se consistir em ferramenta apropriada a promoção das finalidades delineadas na Constituição.

Por isso, a partir de uma noção de democracia substancial impõe-se ao administrador a elaboração de planos de governo que contenham políticas públicas destinadas a satisfação efetiva dos direitos fundamentais, os quais se configuram como vínculos para a manutenção da própria democracia.

Desta forma, partindo-se da noção de discricionariedade vinculada, verifica-se que, em que pese possa existir a discricionariedade quanto a implementação de uma ou outra política pública, ressalvadas as hipóteses em que a Constituição Federal expressamente as vincula, não se pode deixar de reconhecer a existência de um direito do cidadão a que o Estado as implemente quando necessário, extraindo-se a existência de um direito subjetivo ou ao menos o seu aspecto objetivo, sob pena de em entendimento diverso, aceitar a redução da Constituição a mera retórica.

Trata-se de buscar mecanismos para assegurar o efetivo exercício da cidadania e a realização dos fins delineados no paradigma do Estado Constitucional, de maneira que a atuação do Estado deve estar ajustada as

necessidades sociais, as quais serão conhecidas a partir de um diagnóstico adequado e da participação popular nas tomadas de decisão.

Destacou-se ainda, que o disposto no artigo quinto, parágrafo primeiro da Constituição Federal, o qual dispõe acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, impõe ao Poder Público a responsabilidade de efetivar os direitos nela constantes, como um direito a efetivação da própria Constituição.

Desta maneira, se o Estado não implementar as políticas públicas necessárias (omissão total) ou implementá-las insuficientemente (omissão parcial) deixando de satisfazer os direitos fundamentais e ocasionando, com isso, lesão ou ameaça a tais direitos, caberá o exercício do controle jurisdicional sobre as políticas públicas. Por isso, o administrador público só poderá escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir os valores dispostos na Constituição Federal.

Inobstante procurou-se também levantar os argumentos contrários ao controle jurisdicional de políticas públicas, por entender que uma análise racional da matéria perpassa pela compreensão das variáveis capazes de interferir na sua condução, como é o caso verificado no que atine a reserva do possível e a legislação orçamentária.

Quanto a isso, em que pese a dificuldade se reconheça, mister se faz utilizá-la como mecanismo para promover a solução da questão orçamentária das políticas públicas, não se justificando uma argumentação que se caracterize como uma cláusula geral de descumprimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Portanto, assim como a questão do mínimo existencial, as conclusões apontam no sentido de que para que se satisfaçam os pressupostos do Estado Democrático de Direito é necessário por parte do poder público o reconhecimento efetivo de que é o responsável direto pela concretização material do interesse público.

Assim, qualquer óbice para tanto, possivelmente levantado pode ser entendido como falta de planejamento adequado, o que, por si só também pode autorizar o exercício do controle jurisdicional, visto que o administrador público ao atuar em nome do Estado o faz no cumprimento de um dever, justificando-se assim a expressão função administrativa.

Por esta razão, é que buscou delinear alguns possíveis vínculos a que o administrador estará adstrito na implementação das políticas públicas, e que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário no exercício do controle, quais sejam, as políticas públicas vinculantes, as quais refogem a discricionariedade administrativa, a vedação do retrocesso aplicadas às ações políticas, destinadas a concretização dos direitos fundamentais e por fim, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Quanto a este último vínculo, parece constituir um firme indicador tanto para o Administrador, quanto para o Poder Judiciário, na medida em que, em matéria de políticas públicas interagem os sistemas da política e do direito, não havendo como tratá-los afastados do que seja razoável e proporcional num modelo de Estado que se adjective como Democrático de Direito.

Diante do que se discorreu ao longo do trabalho, restou claro que mesmo com as modificações estruturais que ocorreram em relação aos paradigmas de Estado, e que culminaram com a consagração do Estado Democrático de Direito, não se verificou a consagração fática da superação do arbítrio de alguns administradores, que insistem em se escudar sob o manto do mérito administrativo.

Da mesma maneira, não se verificou uma participação popular própria do modelo de Estado atual, o que demonstra a dificuldade em ultrapassar as barreiras da democracia formal. Por esta razão, muitas vezes o que se verifica é que o cidadão do Estado Democrático de Direito comporta-se como se estivesse no modelo de Estado Liberal, apenas esperando prestações negativas que garantam direitos de liberdade.

O administrador, com isso, muitas vezes acaba por não esgotar as possibilidades da Administração Pública na satisfação dos direitos fundamentais pela certeza da ausência de controle.

Neste cenário, parece claro que a implementação de políticas públicas ajustadas às necessidades sociais reclama não apenas uma consagração teórica e normativa dos propósitos democráticos e da dignidade humana, os quais já existem por força da Constituição Federal de 1988, mas também uma sociedade consciente e participativa.

O Estado Democrático de Direito precisa, portanto, consistir-se em uma vivência. A Constituição de 1988 que o consagra, estabelece um marco normativo que permite a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. Entretanto, o Direito sozinho não é capaz de alterar a realidade, consiste apenas e um dos instrumentos que possibilitam uma renovação.

Se o Brasil é um país de profundas desigualdades sociais, deve ser exatamente, neste ponto, que a Constituição deve atuar, para possibilitar a diminuição das injustiças sociais, mas para isso, é preciso que sejam concretizados os valores nela contidos, e isso, ao que parece depende menos do texto constitucional e mais das pessoas e do poder público.

Por esta razão, se diz que a Constituição é uma vivência, um compromisso contínuo e permanente a ser conduzido pelos atores sociais, destacando-se quanto a isso, o papel do Poder Judiciário, que longe de um subjetivismo irracional, deverá estar igualmente comprometido em tornar reais os seus propósitos.

Finalmente, justificando a adoção da perspectiva garantista que se entende compatibilizar com as idéias apresentadas, e a título ilustrativo, vale mencionar o poema de Maiakovsky referenciado por Freire Júnior<sup>403</sup>, ao dizer que,

Na primeira noite eles se aproximam e colhem uma flor de nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite já não se

---

<sup>403</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**.p.124.

escondem; pisam as flores, matam nosso cão e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 45, de 29/04/2004, Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte:PSDB; Argüido: Presidente da República, p.2. Disponível em [www.stf.gov.br/dj](http://www.stf.gov.br/dj) Acesso em 20/02/2005.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo I.Trad.Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

\_\_\_\_\_ **Principi di Diritto Administrativo**. 4ª ed. Milano: Giuffré,1978.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba:Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_ A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Jurisdição Constitucional. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Uquhart. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em 19 jan 2006.

AUGUSTÍN, Sérgio. **O controle jurisdicional dos atos de governo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_ Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba, 02, n.09, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_ Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro.n. 240, 2005.

BARROS, Susana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto [Org]. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_ **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em 16 jul 2007.

\_\_\_\_\_ **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, A. 6. n. 59. out 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em 03 de maio de 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BORDIEU, Pierre. **Contrafogos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 mai 2008.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricioniedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trotta: Madrid, 2003.

CHALITA, Gabriel. **O Poder**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHIMENTI, Ricardo Cunha [et.al]. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O "Desvio de Poder" na Administração Pública**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>. Acesso em 22 out 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_ **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

CUNHA E SILVA NETO, Francisco. **A Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/franciscodacunhaesilvaneto/teoriatridimensional.htm> Acesso em 15 jul. 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAL BOSCO, Maria Goretti e DALLA VALLE, Paulo Roberto. **Novo Conceito da Discricionariedade em Políticas Públicas sob um Olhar Garantista, para Assegurar Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://>

conpedi.org/manaus//arquivos/anais/manaus/direito\_humano\_adm\_pub\_maria\_da\_l\_bosco\_e\_paulo\_valle.pdf Acesso em 14 set. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Jean Carlos. **Políticas Públicas e questão ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul/set. 2003.

DINIZ, Herminia Dorigan de Matos. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Curitiba, 2002. 53f. Monografia (especialização em direito administrativo) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

DUARTE, Francisco, CADEMARTORI, Luiz Henrique e CADEMARTORI, Sérgio. **Governança Sustentável: Nos Paradigmas Sistêmico e Neoconstitucional**. Curitiba:Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. v.2. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_ **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid:Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_ **Garantismo: uma discussão sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta,2006

\_\_\_\_\_ O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. In: **Revista do Ministério Público**. n° 61, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA DE MELLO, Osvaldo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GARAPÓN, Antoine. **Le Gardien de Promesses**. Paris: Odile Jacob, 1996.

\_\_\_\_\_. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Uma nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado**. Revista Espanhola de derecho administrativo. Madrid, n. 89. p. 69-89, ene/mar, 1996.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação ideal dos direitos fundamentais. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univali. 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOLDBERG, Daniel. **Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário: Welfarismo em um Mundo Imperfeito**. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/regulacaonobrasil/Arg07\\_Cap03.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/regulacaonobrasil/Arg07_Cap03.pdf)  
Acesso em 27 mar. 2007

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAGE, Jorge. **Omissão Constitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. São Paulo: Almedina, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOFFE, Otfried. **Justiça Política**. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

HOFLING, Eloísa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101326220010003000003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101326220010003000003&lng=pt&nrm=iso) Acesso em 17 out. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Direito Constitucional Didático**. Curitiba: Juruá, 2004.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. [s.n]. [s.d]

\_\_\_\_\_. Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. Jose Lamago. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5ª ed. Revista dos Tribunais, 2001.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática**. Trad. Isabel Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUZ, Ana Beatriz Vieira da. **Interesse Público: visão contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

MANICA, Fernando. **Sociedade Civil Organizada**. Disponível em: [http://www.advcom.com.br/consultores\\_sociedade.htm](http://www.advcom.com.br/consultores_sociedade.htm) Acesso em 15 set 2008.

MAQUIAVEL, Nicoló. **O Príncipe**. Bauru: EDIPRO, 1994.

MARTINEZ, Gregorio Peces Barba. **Transito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

\_\_\_\_\_. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Curitiba: Juruá, 2006.

MIRANDA, Alex Amorim. **Aplicação de Verbas Públicas – Judiciário X Legislativo**. Disponível em : [www.anpr.org.br/boletim/boletim14/aplica.htm](http://www.anpr.org.br/boletim/boletim14/aplica.htm). Acesso em 19 jan. 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Lisboa: Coimbra Editora. 1997.

MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social inda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradora Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. Ciência e Direito Constitucional: O Caminho do Estado Democrático de Direito. In: NUNES, Antonio Jose Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [Orgs.] **Diálogos Constitucionais: Brasil/ Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Administrar y juzgar**: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10ª ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita a lógica razoável. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado e a administração pública gerencial**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. La fundamentación de los derechos humanos. In: **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1986.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas: cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Bushatsky-Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n.131, jul.set., 1996.

\_\_\_\_\_. **O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm) Acesso em 10 jul 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. A vida como critério dos direitos fundamentais: Ferrajoli e Dussel. In: COELHO, Edihermes Marques. **Direitos fundamentais: reflexões críticas - teoria e efetividade**. Uberlândia: UPEDI, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. **El control de lãs administraciones públicas y sus problemas**. Madrid: Instituto de Espana/ Espasa Calpe, 1991.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

SANGALLI, Diogo. **O poder discricionário da Administração Pública e os limites que se impõem ao Poder Judiciário**. Curitiba: 2002. 66f. Monografia (especialização em direito administrativo) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.1. jan./mar. 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**. Jan./Jun.2003.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: **Revista de Direito Público**.n.2.1997

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Moacyr Motta. O Princípio da Razoabilidade, como Expressão do Princípio da Justiça, e a Esfera de Poderes Jurisdicionais do Juiz. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Uquhart. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: **Revista de Direito Público**.n.2.1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**:

Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. [et al.]. **Corpo e Alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WEBER, Max. A política como vocação. In: **Ensaios de sociologia política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.

\_\_\_\_\_. **Economia y sociedad**. Trad.: José Medina Echavarría; Juan Parella; Eugio Imaz; Eduardo García Maínez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica. 1992.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)