

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

A CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E GESTÃO PÚBLICA

ACHIEVING PUBLIC POLICY AND THE RIGHT BETWEEN COMPLEMENTARITY RATIO AND PUBLIC MANAGEMENT

Marilia Ferreira Da Silva

Resumo

O relutante embate que travam o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, representantes da Administração Pública brasileira, no âmbito da discricionariedade desses Poderes e de eventual sobreposição no cenário das políticas públicas, representa significativo e complexo impacto sobre a sociedade, destinatária primeira das benesses promovidas pela sua consecução, mas, também, sobre o Direito, mecanismo de fundamento e instrumentalização dessa consecução. Desta feita, mediante estudo eminentemente qualitativo, discute-se a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia. Entende-se, pois, que inobstante evidente a necessidade de cumprimento efetivo das diretrizes constitucionais, há um espaço de intangibilidade sobre o qual não há que haver qualquer intervenção extraordinária, respeitado o princípio, igualmente constitucional, da autonomia político-administrativa da Administração Pública, o que exige, de um lado, respeito ao ditame da separação dos Poderes, norte republicano decorrente do princípio democrático, e, de outro, observância ao mínimo existencial e ao dever estatal de tutela positiva, promovendo, sim, uma relação de complementaridade entre a Gestão Pública e os princípios de Justiça, em prol do fomento do conceito de cidadania, como forma de contribuir para os objetivos de desenvolvimento do milênio.

Palavras-chave: Concretização constitucional; políticas públicas; gestão pública; cidadania.

Abstract/Resumen/Résumé

The reluctant clash catching the Judiciary and the Executive and Legislative branches, representatives of the Brazilian Public Administration, within the discretion of those powers and possible overlap in public policy scenario, is significant and complex impact on society, addressed first of blessings promoted by its performance, but also on the Right, the foundation mechanism and instrumentation of this achievement. This time, by highly qualitative study discusses the interference of the Judiciary of the legitimacy of the realization and control of public policies as a means of achieving the constitutional fundamental rights of citizens or as others competence invasion. It is understood, therefore, that inobstante clear need for effective compliance with the constitutional guidelines, there is an intangibility of space on which it is unnecessary to be any extraordinary intervention,

respecting the principle also constitutional, political and administrative autonomy of Public Administration, which requires respect and compliance with the dictates of separation of powers, republican north due to the democratic principle, promoting rather a complementary relationship between the Public Administration and the principles of justice, for the sake of promoting the concept of citizenship, as a contribution to the objects millennium development.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Implementation constitutional; public policy; public management; citizenship.

I INTRODUÇÃO

As instituições governamentais enfrentam dificuldades de naturezas diversas para completar todos os ciclos inerentes a uma política pública, pelo que alternativas, como a atuação privada no contexto do fenômeno da descentralização (parcerias, convênios, entre outros mecanismos), têm sido cada vez mais encaradas como salutar à Administração Pública, no atendimento de seus objetivos, sejam eles as demandas sociais, a promoção do bem comum ou mesmo as necessidades de manutenção do Poder. Isto porque não lhe é possível, por si só, atender toda a demanda que se lhe impõe.

Neste ponto, Política e Direito se entrelaçam sob a ótica de um fim comum, qual seja, a consecução das políticas públicas (saúde, educação, segurança pública, saneamento básico, transportes, previdência social, etc.), pois que ao passo em que elas são de competência natural das instituições governamentais (Presidente da República, Governador, Prefeitos, Gestores Públicos de um modo geral), realizadas mediante decisões políticas, o são com supedâneo no ordenamento jurídico, na Constituição Federal, leis infraconstitucionais ou outros atos normativos que devem estar revestidos de legalidade. Mas não só isso! Os pontos de ligação são constatados em outras oportunidades, como adiante se verá, em especial no que tange ao ciclo de implementação/execução das políticas públicas.

Entre as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública, há que se pontuar os óbices orçamentários, estes que comprometem que os objetivos da República, estampados no art. 3º da CF/88, materializem-se a contento, o que tem dificultado a consolidação dos direitos fundamentais e a cidadania e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, emerge a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas, pois que é neste cenário que o Poder Judiciário acaba por ingerir na seara das competências típicas do Executivo e Legislativo (executar as decisões públicas e legislar), no plano da atuação administrativa, com o fito de conferir materialidade a elas. Todavia, questão de particular importância neste contexto são os limites político-jurídicos que a ordem constitucional impõe a esta atuação atípica do Poder Judiciário, pois que as políticas públicas não estão adstritas exclusivamente ao universo jurídico; mantendo fortes ligações com a Economia (*locus* onde os conceitos de reserva do possível e mínimo existencial encontram guarida, tangentes às condições materiais do

Estado face às multiplicadas e multifacetadas demandas da sociedade pós-moderna), mas, especialmente, com a Administração Pública.

Logo, inobstante impenda reconhecer a significativa contribuição desta ingerência para a evolução da acepção de cidadania e no combate aos desvios corruptivos, os quais devem inexoravelmente ser contemplados pela Administração Pública, pautada pelas diretrizes da moderna Gestão Pública, há igualmente que se cotejar o pilar da separação dos Poderes em seus mais basilares preceitos, essencialmente o que estabelece o equilíbrio entre as funções dos Poderes, rechaçando-se posturas absolutas, considerando-se o subjetivismo das decisões judiciais e indisponibilidade por parte desse Poder de recursos orçamentários destinados à efetivação das políticas públicas constituídas, função precípua da Administração Pública, decorrência do princípio democrático, opção política da República do Brasil.

Vê-se que o estudo que se pretende aqui realizar envolve questões da Administração Pública, Direito, Ciência Política, além de pressupostos econômicos, enfim, constituindo-se numa complexa problemática multidisciplinar, pelo que não assume pretensões de exaurimento, mas, sim, a integração de conceitos que não podem ser tomados separadamente, como forma de otimização da prestação dos serviços públicos, fruto das políticas públicas, revelando-se, nesta toada, a imprescindibilidade da compreensão das necessárias mudanças na ação do Estado, passando especialmente pelo papel do Gestor, a partir das diretrizes da moderna Gestão Pública.

Desta feita, mediante análise eminentemente qualitativa, por meio de pesquisas de natureza exploratória, o estudo intenta, modo geral, estabelecer qual o ponto de interseção entre a atuação administrativa e a atuação judicial, no exercício da sindicabilidade das políticas públicas. E, especificamente, busca (a) compreender a problemática atinente à atuação judicial no âmbito das decisões administrativas; (b) apontar as consequências da judicialização das políticas públicas para a Administração Pública; (c) delinear o papel da Gestão Pública no cenário da sociedade pós-moderna, atinentes à concretização dos direitos que conferem ao indivíduo o atributo de cidadão, razão do Direito e função do Estado, por meio da Administração Pública.

Logo, a partir de um olhar bipartido, sob o enfoque de um profissional com formação jurídica, que postula perante Juízo, mas que, simultaneamente, compõe a Gestão Pública de um ente federativo, surge a ânsia e a curiosidade de compreender as nuances dessa problemática que gira em torno da discricionariedade administrativa e

judicial no que tange à implementação/execução das políticas públicas, com o fito de, por fim, estabelecer uma linha de raciocínio imparcial acerca do dilema apresentado.

II CONTEXTUALIZAÇÃO DO CENÁRIO DE DEBATE

A perene problemática que marca o Estado brasileiro é sua incapacidade de materializar os preceitos que ele mesmo define como fundamentais. Na busca por alternativas, atende às demandas que se lhe impõe a partir de mecanismos não necessariamente são eficientes, mas que, de certa forma, oferecem a sensação de dever cumprido, especialmente aos destinatários da sua atuação, a população; quando, na verdade, ao que parece, a preocupação se dá com a manutenção do Poder ou com a observância de formalismos burocráticos.

Todavia, esta postura estatal, ineficiente, autorreferenciada, despreocupada com os fins, não condiz com sua primordial função que é servir à sociedade, esta que passou a demandar por resultados, tornando a eficiência e a qualidade dos serviços palavras de ordem.

A ineficiência do Estado se reflete na Administração Pública dos entes federativos e uma onda nacional de omissão, total ou parcial, na prestação eficiente dos serviços públicos passa a ser o marco, cujo combate se eterniza numa epopeia e instiga o estudo e a pesquisa.

Cientes de que a partir dos anos 80 as políticas públicas assumiram papel protagonista no cenário nacional em decorrência das rápidas transformações pelas quais passou a sociedade, e, assim, condicionaram a atuação estatal, impende que o debate no meio acadêmico também ganhe relevância.

Isto porque, o que se vê é que, face a insuficiência da ação do Estado-Provedor, o Estado-Juiz, representado pelo Poder Judiciário, assumiu funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo, no desiderato de realizar o controle das políticas públicas, mas, também, com o fim de defini-las, ante o vácuo deixado por aqueles que naturalmente deveriam fazê-lo.

Desta feita, mister contextualizar a temática das políticas públicas dentro do contexto que abrigou o Estado de Bem-Estar Social que sucedeu o Estado Liberal, este que se assentou na política do Estado Mínimo, considerando que, assim, haveria redução de gastos, não intervindo na economia e permitindo que os burgueses atuassem com liberdade de atuação no mercado.

O Estado Liberal de Direito é um produto histórico, concebido por e para um segmento em situação econômica próspera, que lega preciosas conquistas, como os direitos fundamentais. Entretanto, o Estado de Direito não é patrimônio de uma classe social determinada. Neste sentido, podemos dizer com Verdú (2007, p. 144) o que caracteriza o Estado de Direito:

Quando um Estado estrutura juridicamente a organização e o exercício do poder político, de maneira que os indivíduos estejam protegidos pela existência prévia das normas e instituições garantidoras de seus direitos e liberdades, quando toda a atividade estatal se submete a essas normas e instituições, sem exceções além daquelas reclamadas pelo bem-estar geral, podemos dizer que nos encontramos perante uma comunidade jurídica civilizada. O Estado Liberal de Direito juridicizou, esclareceu e ordenou, com critério formais a organização e o exercício do poder limitado pela Constituição.

Estado Liberal, por sua vez, caracteriza-se como um modelo de Estado que adote garantias individuais e um sistema de controle de poder estatal, tradicionalmente identificado no mecanismo da separação de poderes para estruturar o Estado. Possui sim um amplo conjunto de prescrições legais, que têm por objeto a normatização das condutas intersubjetivas, mas é estranho aos problemas sociais e, conseqüentemente, a qualquer intervenção na ordem econômica, como consigna Gretha Leite Maia (p. 35).

O limiar do séc. XX leva as Nações à construção da legislação social e ao abandono do liberalismo clássico como doutrina econômica e, como aponta Verdú (p. 41), o *New Deal* é definido em termos de implementação de uma política social aliada ao saneamento da economia capitalista, um profundo experimento social feito em larga escala. Entra em cena, pois, o Estado Social.

Este modelo de Estado, por sua vez, sem origem definitivamente aceita pela doutrina, pode ter se apresentado inicialmente na Alemanha (1883-1926), na Inglaterra (1942) ou no México (1917). No entanto, o que, fatidicamente, é um consenso é que este modelo de Estado é típico do pós-guerra (2ª Guerra Mundial) e, diferenciando-se do modelo até então predominante, trouxe a proposta de intervenção estatal como forma de assegurar aos indivíduos condições dignas de vida e trabalho, sem, contudo, enterrar definitivamente o Estado das liberdades.

Assim, vê-se que o Estado passa a ser o protagonista das grandes questões públicas e sua atuação passa a ser necessária e imperiosa na vida da população que depende dela para uma pacífica convivência social, bem como para ter acesso aos bens e serviços que por ele devem ser prestados, em especial os de natureza social.

Neste sentido, Norberto Bobbio (2007, p. 57) afirma que

o Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) ou Estado Assistencial pode ser definido, em primeira análise, como Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.

Para Augustinho Paludo (2013, p. 31), o Estado de Bem-Estar Social é um Estado assistencialista, em que o Governo deve prover as necessidades básicas da população mediante a prestação de serviços ou, até mesmo, mediante pagamento em dinheiro. No entanto, para configurar um Estado de Bem-Estar Social não basta a vontade política e algumas ações sociais desconexas a título de auxílio à população, é preciso mais que isso: é necessário que a população tenha direito reconhecido pelas normas legais a esses serviços sociais, e, ainda, que os benefícios sejam universalmente concedidos, independentemente de recolhimentos de impostos e contribuições.

Neste contexto, pois, estão inseridas as políticas públicas, estas que são representativas de programas de ações tendentes à consecução do legado jurídico protetivo desses direitos políticos, assim denominados por Norberto Bobbio na citação acima, os quais representam aos indivíduos direitos subjetivos, que podem ser dele exigidos como forma de atendimento aos preceitos por ele mesmo estabelecidos como prioritários.

O legado jurídico protetivo desses direitos subjetivos consubstancia-se no ordenamento jurídico brasileiro, composto de todas as leis ou outros atos normativos legitimamente emanados, desde que observadas a legalidade e outras questões de ordem inerentes. Neste arcabouço, importante destacar o papel diretivo da Constituição Federal, onde, em seu artigo 3º., estão definidos os objetivos da República Federativa do Brasil.¹

¹ 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.

Logo, é para atender a estes objetivos constitucionais que servem as políticas públicas, opção realizada pela Assembleia Constituinte para delinear a atividade a ser empreendida pela Administração Pública, complexo ambiente operativo onde é travado o embate aqui estudado, qual seja a atuação do Poder Judiciário neste âmbito.

III COMPREENSÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas, conceitualmente, não encontram consenso doutrinário, podendo ser definidas de várias formas, especialmente pela fatídica multiplicidade das demandas sociais, típica das sociedades pós-modernas, complexas, pelo que se torna cada vez mais difícil definir o ambiente de atuação do Estado.

Conforme ensina Renato Jorge Brown Ribeiro (2013, p. 03), dando conta das várias definições doutrinárias para Política Pública, algumas delas centram-se no papel do Estado e para ilustrar cita Mead (1995) e Lynn (1980). Para o primeiro, é o campo inerente ao estudo da política e analisa o governo à luz das grandes questões públicas. Para o segundo, é um conjunto de ações de governo que irão produzir efeitos específicos (abordagem estatista).

Já para outros, o foco da análise das políticas públicas se dá nos seus objetos e objetivo, ou seja, o atendimento do interesse público dentro ou fora do Estado, na forma do que prescreve Sechi (2010, p. 1).

Logo, vê-se que o primeiro desafio do estudo das políticas públicas é a delimitação de seu significado, seu âmbito conceitual.

Neste desiderato de esclarecer o que vem a ser política pública no cenário do estudo que aqui se desenvolve, pode-se dizer que ela faz parte da atividade política, o que já leva boa parte dos atores sociais a se afastarem da luta pela sua consecução, já que estão a “depende” da atuação dos políticos, o que provoca certo ceticismo e confusão entre o que seja Política e que sejam políticos, mantendo-os alheios a este processo vital à vida social.

Neste ínterim, Maria das Graças Rua (2012, p. 17), tratando do tema, considera necessário à compreensão, esclarecer as diferenças existentes entre política pública e decisão política, afirmando que toda política pública envolve uma decisão política, mas que a recíproca não é verdadeira. Para ela, política pública envolve mais que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Decisão política, por sua vez, corresponde a uma escolha dentre um

conjunto de possíveis alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando – em maior ou menor grau – uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis.

Celina Souza (2006, p. 36) sintetiza os principais elementos de uma política pública, extraídos dos diversos conceitos conferidos ao termo: a) permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz; b) envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada por meio dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais também são importantes; c) é abrangente e não se limita a leis e regras; d) é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados; e) embora tenha impactos no curto prazo, também os tem em longo prazo; f) envolve processos subsequentes aos atos decisórios e propositivo, ou seja, implica também em implementação, execução e avaliação.

Para Rua (2012, p. 36), que enfatiza mais a questão, a dimensão pública de uma política é dada pelo seu caráter jurídico imperativo, assim políticas públicas (*policy*) compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores envolvendo bens públicos. Complementa dizendo que ações e decisões privadas, ainda que sejam de interesse público não se confundem com atividade política e com política pública.

Neste mesmo sentido, para David Easton (1953, p. 129), citado por Heidemann (2010, p.29), a política pública significa “a alocação oficial de valores para toda a sociedade”.

Aderindo à abordagem multicêntrica de políticas públicas, e rejeitando a perspectiva estatista², importa declinar o entendimento de Secchi (2010, p. 2) que, entendendo que o problema essencial das políticas públicas é o “problema público”, a sua intenção de responder a um “problema público”, considera as organizações privadas, as não governamentais, organismos multilaterais, redes de políticas públicas (*policy networks*), juntamente com atores estatais, protagonistas no estabelecimento das políticas públicas.

Igualmente, Heidemann (2010, p. 31) afirma que a política pública deve ter a abordagem multicêntrica. Para ele, a perspectiva de política pública vai além da perspectiva de políticas governamentais, na medida em que o governo, com sua

² Linha de pensamento que argumenta que a política pública consiste em decisões autorizadas ou sancionadas pelos atores governamentais, significando os resultados ou saídas de processos governamentais (Salisbury, 1995).

estrutura administrativa, não é a única instituição a servir à comunidade política, isto é, a promover “políticas públicas”.

Todavia, além da relevância de definir-se o conceito e a legitimação das políticas públicas, impende também falar que a realização delas passa pelo denominado ciclo de políticas públicas, destacando a dinâmica sistêmica, mediante a sua divisão em etapas sequenciais que precisam ser observadas. As etapas deste ciclo podem ser denominadas diferentemente, sem, contudo, alterar a compreensão sistêmica que se impõe.

Para Rua (2012, p. 35), o ciclo de políticas é uma abordagem para o estudo das políticas públicas que identifica “fases sequenciais e interativas-iterativas no processo de produção de uma política”. Tais fases são: (a) Formação da Agenda; (b) Formação das Alternativas; (c) Tomada de Decisão; (d) Implementação e (e) Avaliação.

Em Sechi (2010, p. 133), são as seguintes as fases da política pública: (a) Identificação do problema; (b) Formulação da Agenda; (c) Formulação das Alternativas; (d) Tomada de decisão; (e) Implementação; (f) Avaliação e (g) Reformulação, Aperfeiçoamento e Extinção da Política Pública.

A isto está diretamente relacionado o ciclo de gestão que serão em tópico próprio analisado.

IV ESTADO, NORMAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 e os valores por ela trazidos provocaram desdobramentos na estrutura do Estado brasileiro que importam, até os dias atuais, no estabelecimento de ações estatais em benefício dos cidadãos e do próprio desenvolvimento do país, com a implantação do atual Estado Constitucional de Direito, a partir da evolução dos indicadores sociais, da consagração dos direitos sociais (entre outros), da universalização das políticas públicas, da consolidação da democracia de massas e do *status* conferido à dignidade da pessoa humana. Tudo isso com vistas à construção de uma estrutura capaz de sustentar o processo de inserção do Brasil no rol dos países desenvolvidos.

A evolução antes tratada tem assento na preocupação contemporânea dos Estados e dos organismos internacionais: pobreza, desigualdades sociais e exclusão social.

Os direitos sociais previstos na CF em seu art. 6º, inobstante seja possível constatar algum outro dessa natureza esparsamente no texto constitucional, foram

englobados pelo Título VIII que trata da Ordem Social, passaram a promover impactos na estrutura do Estado, já que fundamentais à construção da cidadania e ao fomento da democracia, objetivos constitucionais e funções estatais.

Todavia, a estes direitos fora conferida, erroneamente, a natureza de “normas programáticas”, pois que representariam um programa estatal e, assim, seriam, gradativamente, disponibilizados à sociedade, não estando o Estado compelido a concretizá-los imediatamente, pois que lhes faltava a chamada eficácia plena e imediata, o que impediria os indivíduos, destinatários da norma, de exigir o seu cumprimento.

Sem a intenção de tratar aprofundadamente acerca da temática das normas constitucionais e sua eficácia, impende breve digressão sobre o que seriam as normas programáticas, com vistas à otimização da compreensão acerca do tema políticas públicas.

Assim, pode-se dizer que normas programáticas são normas constitucionais, ditas de eficácia jurídica limitada ou reduzida, voltadas a instituir valores intrínsecos da sociedade e ao ser humano, introduzidas na Constituição como resultado de um conflito de interesses, “ausentes” os efeitos da aplicabilidade imediata.

José Maviael Élder Fernandes de Souza (2005), em estudo sobre o tema, chama-as de *tópicos de planejamento*, ou seja, é a intenção do legislador de se referir a determinada matéria sem, no entanto, se aprofundar na mesma.

Para Pontes de Miranda, as regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos, sujeitas as quais estão a legislação, a execução e a própria Justiça (MIRANDA, 1970, p. 37).

José Afonso da Silva, aceitando as linhas fundamentais da doutrina posta nos sucessivos ensaios de Crisafulli³ (SILVA, 2009, p. 139), concebe como programáticas as normas constitucionais nas quais o legislador se limitou a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos competentes, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses.

³ Vezio Crisafulli, jurista e constitucionalista italiano da segunda metade do século XX, esclarece por completo em que consiste a norma programática: “(...) *no regulan desde el principio e inmediatamente das relaciones y situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a sua vez a incidir sobre tales materias; establecen lo que los gobernantes deberán o podrán hacer (y viceversa lo que no podrán hacer) respecto a determinados objetos*”.

Destes poucos adendos conceituais colacionados até aqui, pode-se inferir que as normas programáticas, especialmente reconhecidas, pela maioria doutrinária, nos direitos sociais, implica a legitimação da omissão do poder estatal que pode pautar sua atuação pela discricionariedade da opção de gradativamente implementar os ditos programas, diretrizes, estabelecidos pela Constituição.

Na concretização desses direitos, o Poder Público se vale das chamadas Políticas Públicas, que, sinteticamente, consistem em um conjunto de ações e programas dos mais diferentes tipos destinados a concretizar aqueles comandos gerais contidos na ordem jurídica constitucional, em especial os elencados no art. 6º.

Entretanto, é certo que a realidade social brasileira revela a carência das políticas públicas que ou não existem ou quando existem não são suficientes ao atendimento das necessidades sociais. Isto tem relação com óbices de natureza política e de natureza orçamentária (estes que não serão objetos de análise específica e acurada aqui, dada a profundidade que se exige da análise e o propósito aqui declinado), o que compromete a implementação das políticas públicas, impedindo que o ciclo atinente a elas se complete, já que as normas constitucionais têm relevância não apenas no âmbito jurídico, mas também na seara política do país.

Importa dizer que as normas constitucionais, todas elas, possuem eficácia plena e imediata, ao contrário do que propõe a classificação de José Afonso da Silva (2009, p. 47), ao asseverar que a Constituição Federal de 1988 contém regras de diversos tipos, função e natureza, algumas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata, outras de eficácia reduzida, dependentes de legislação integradora de sentido que atue na sua incidência.

Seguindo a linha de pensamento acima descrita, o Ministro Celso de Mello expôs que o próprio Supremo Tribunal Federal – STF – já ratificou que as normas ditas de caráter programático presentes na Constituição Federal não podem consubstanciar-se em promessas constitucionais inconsequentes, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁴

Assim, não se pode insular determinadas normas em categorias, conforme seu grau de eficácia. Tal entendimento da doutrina clássica, data máxima vênua, há muito

⁴ RTJ 175/1212-1213, Relator Ministro Celso de Mello.

não encontra espaço, e merece ser rechaçada em prol da concretização irrestrita dos direitos fundamentais, ao que está plenamente vinculada a implementação efetiva e eficaz das políticas públicas a eles inerentes pelo Estado.

Destarte, o que se identifica é a carência social em termos de prestações estatais, ou mesmo sua omissão, geralmente justificadas pelas dificuldades orçamentárias. Logo, sendo certo que, dentre outras finalidades, as políticas públicas se prestam a dar concretude aos direitos fundamentais de cunho prestacional, como os são os direitos sociais, exsurge a atuação do Poder Judiciário como mecanismo a colmatar as lacunas deixadas pelo Poder Público nesta seara.

V A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O questionamento que se põe neste contexto é a legitimação do Poder Judiciário como ator, como protagonista, desse processo de definição de políticas públicas, conforme possibilita a abordagem multicêntrica.

Raimundo Márcio Ribeiro Lima (2014, p. 268), de forma bastante completa e detalhada, unindo os conceitos acima e registrando a preocupação de Souza quanto à necessidade de fechamento do ciclo da política pública, anota que política pública representa:

um conjunto de atividades planejadas pelo Estado e criteriosamente executadas, mediante uma atuação efetiva e harmônica entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, conforme as competências constitucionalmente estabelecidas, e com a participação da sociedade civil, com vista a empreender os objetivos fundamentais da nossa República numa perspectiva contínua e expansiva de consolidação dos direitos dos cidadãos, o que lhe reveste de inegável caráter prospectivo, já que é não possível cumprir, pronta e satisfatoriamente, todo o catálogo de direitos fundamentais em função das circunstâncias ou limites inerentes a cada contextura fática conflitiva de interesses, assegurando-se sempre a eventual sindicabilidade da atuação administrativa por parte do Poder Judiciário, mas sem descurar a tônica de equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Da só leitura dos conceitos até aqui transcritos, percebe-se que a análise das políticas públicas envolve outras nuances de passagem obrigatória, tais como: a) a qualidade dos serviços públicos (eficiência na execução das políticas públicas); b) o

impacto do (e no) orçamento público na implementação e execução das políticas públicas e, por conseguinte, na consecução dos direitos subjetivos fundamentais; c) a atuação do Poder Judiciário como indutor do controle das políticas públicas e seus limites político-normativos.

Ao se tratar desta última nuance exposta retro em “c)”, há que se falar necessariamente do princípio da separação dos poderes e da decorrente fórmula “Estado Democrático de Direito”. Isto porque não se pode descurar do estabelecimento de competências constitucionais para os entes federativos, como diretrizes ao plano de atuação governamental, no qual são legitimados para agir os agentes políticos, especificamente os detentores de cargos políticos, pois neles imperam, em tese, uma legitimação decorrente do princípio democrático. Neste caso, são os membros do Poder Executivo e Legislativo que desenvolvem atuação no sentido da elaboração e execução direta de tais políticas, sendo para estes um dever prestacional.

Todavia, o que se vê é que dificilmente as políticas públicas têm seus ciclos fechados, ou seja, não chegam efetivamente a ser implementadas e/ou executadas a contento, muito embora formuladas. Desta feita, estando os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 como direitos subjetivos e prerrogativas dos indivíduos que passaram, assim, a ser considerados cidadãos, a depender da consecução das políticas públicas no âmbito governamental, acabam por padecer na letra fria da lei, pois que não apresentam tessitura prática.

A omissão ou insuficiente atuação do poder estatal, na faceta do Estado-Providor, desdobra-se no comprometimento da prestação dos serviços públicos, já que a materialização das políticas públicas passa necessariamente pela noção de responsabilidade na gestão pública, nos diversos níveis governamentais, em razão de que cabe à Administração Pública, mediante atuação político-administrativa dos mandatários do povo, assumir a realização das demandas que se lhes impõem, presente aqui a tônica da atuação estatal (políticas públicas) na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos (prestações públicas).

Demonstra-se, assim, a relação de complementaridade havida entre prestação pública e política pública, entre política pública e direito fundamental. Acerca disto, leciona Ribeiro (2014, p. 268), indagando-se:

“Existe um direito fundamental às políticas públicas? Sem qualquer demora, defende-se que não existe tal direito, até porque a relação entre eles é de meio

e fim. As políticas públicas se inserem na instrumentalidade que carrega toda a razão de ser do Estado por meio de seus órgãos ou das suas entidades: servir a sociedade. Afinal, o Estado existe para a sociedade que também lhe serve e nela ele adquire suas virtudes ou seus defeitos, porquanto o Estado é gestado por membros dessa sociedade que lhe é tão cara. Assim, a perspectiva instrumental das políticas públicas, por se revelar um meio, não se confunde com fins ou objetivos a serem cumpridos durante a caminhada para a plena realizabilidade dos direitos fundamentais.”

Destarte, a eficiente materialização dos direitos fundamentais dos cidadãos, através da atuação do Estado, por seus legitimados, enfrenta óbices, em especial o de natureza orçamentária, extrapolando, assim, o universo fático e jurídico, e adentrando na seara econômica do Estado.

Tal limitação consubstancia-se no Sistema Orçamentário Brasileiro e suas nuances, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 165⁵, que regula como se dará o controle orçamentário, e informado pelo elenco de princípios denominados “princípios orçamentários”, estes que não serão especificamente versados neste estudo, pela limitação que seus contornos impõem.

⁵ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. § 1º - A lei que instituir o **plano plurianual** estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º - **A lei de diretrizes orçamentárias** compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária. § 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional. § 5º - **A lei orçamentária anual** compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. § 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. § 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional. § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. § 9º - Cabe à lei complementar: I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Todavia, inobstante tais limitações de natureza orçamentária, vê-se que ao Estado incumbe o dever de prestação positiva, mediante consecução de políticas públicas (meio) e, por conseguinte, concretização dos direitos subjetivos dos cidadãos (fim), mas, ajustando alocação de recursos, promovendo a (re)distribuição da renda e riqueza e, ainda, visando à estabilização econômica, num cenário de escassez e limitações legais, no qual o Estado precisa realizar as escolhas que definirão as prioridades sociais dentro de um amplíssimo espectro de necessidades que só cresce horizontal e verticalmente.

O problema ganha maiores proporções quando se identifica que dentre estas limitações de natureza econômica e jurídica, pode-se identificar também uma limitação política, qual seja, o endêmico desvio do que sejam as prioridades, suplantado pelo chamado “mérito administrativo”, esquecendo-se, no entanto, que, como diz Ribeiro Lima (p. 270), “o exercício de uma competência discricionária é sempre vinculado ao dever de juridicidade, que é imposta a toda autoridade pública”.

Logo, impende esclarecer que este processo de escolhas, justificado pela discricionariedade administrativa, não representa mera faculdade, pois que sendo uma competência administrativa, um múnus público, “impõe-se a promoção de avaliações ou análises que determinem escolhas com o fundado propósito de encontrar a melhor solução no caso concreto” (FREITAS, 2009, p. 24).

Por assim ser, e identificando-se fartamente a omissão e/ou insuficiente concretização dos direitos fundamentais que justificam o atributo de cidadão aos indivíduos, como corolário da inconsistência das políticas públicas mal formuladas, não implementadas ou não executadas, reflexo da estrutura da Administração Pública brasileira, incapaz de cumprir seu dever prestacional positivo a contento, outras alternativas tiveram de ser buscadas. Neste caso, entrou em atuação o Poder Judiciário.

Face às dificuldades que assolam o cumprimento integral do ciclo de política pública, estagnando-se, em geral, na fase de implementação, o Poder Judiciário cada vez mais é instado a se posicionar sobre questões relacionadas aos direitos sociais e, conseqüentemente, às políticas públicas, das quais não se desincumbe o Poder Público, legitimado ordinário.

Desta feita, o Judiciário passa a atuar no controle das políticas públicas, especialmente no que tange à efetivação dos direitos sociais, aqueles previstos no art. 6º da CF/88.

Os arestos jurisprudenciais neste sentido são de grande monta e o provimento dado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45/2004, em que o Ministro Celso de Mello foi Relator, é representativo e inaugurativo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal neste espectro, guardião máximo da Constituição Federal e do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, acerca do controle judicial de políticas públicas a ser realizado pelo Poder Judiciário. Veja-se a ementa⁶:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Com tais decisões, o Supremo Tribunal Federal quebrou paradigmas, definindo que é possível a intervenção judicial na formulação e implementação de políticas públicas, quando os poderes competentes, por ação ou omissão, comprometerem a eficácia de direitos fundamentais, sem, entretanto, violar o princípio da separação dos poderes.

Rechaça, ainda, o Ministro, a ideia de programaticidade das normas ao asseverar, em seu voto, que tal expediente será possível ainda que as normas tenham

⁶ ADPF 45 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão proferida em 29.04.2004 e publicada do Diário de Justiça em 04.05.2004.

conteúdo programático, pois que são plenamente exigíveis pelos seus titulares, devendo ser conferido a estes a tutela jurisdicional efetiva quando da violação deles pelo Estado. Aqui, inaugura-se, na Corte Suprema, o predito entendimento, o que se desdobra na impossibilidade do Poder Público alegar ausência de recursos materiais para a sua concretização, quando tratam de direitos cujo conteúdo compõe o substrato mínimo de que um cidadão necessita para viver e se desenvolver como pessoa.

Identifica-se na ementa a menção aos limites orçamentários, destacando-se que a Reserva do Possível não pode ser invocada pelo Poder Público, quando houver indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – para obstar a prestação de condições mínimas de existência do cidadão, o chamado Mínimo Existencial.

Outros julgados da Corte Suprema seguiram a orientação do *leading case* e este posicionamento resta consolidado na Corte Superior, como se pode ver de recente julgado do STF⁷, relatado pelo Ministro Roberto Barroso:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal já reconheceram a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas relativas ao direito à segurança por decisão judicial, ante a inércia ou morosidade da Administração. Precedentes. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.”

A ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas, mediante exame jurisdicional de demandas a elas atinentes, é uma realidade face à lacuna deixada pelo Poder Público competente, incapaz de exercê-la a contento.

Contudo, mister atentar à observância dos limites e possibilidades de exercício deste controle para que excessos não se legitimem em nome de um ativismo judicial, onerando, sobremaneira, o Estado. Impõem-se, pois, que as medidas da proporcionalidade e da razoabilidade sejam exigências inexoráveis nessa atuação atípica

⁷ Agravo Regimental nº. 797321. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 19/08/2014. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicado em 03/09/2014.

do Judiciário, na sindicabilidade das políticas públicas de direitos constitucionais sociais.

Isto porque, como bem ressalva Raimundo Ribeiro (2014, p. 272), a divisão funcional dos poderes impescinde de uma linha de equilíbrio no exercício das funções constitucionalmente estabelecidas, para, além de outros, afastar uma postura absoluta ou despótica de quaisquer dos Poderes, em particular, na atual quadra evolutiva da atuação judicial, uma ditadura, possivelmente velada e não menos prejudicial, do Poder Judiciário em favor do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

O que importa denotar é que a atuação do Poder Judiciário não é medida de arbitrariedade, mas, sim, medida de justiça, como única forma, no hodierno contexto vivenciado, de enfrentar o desafio quase trintenário de conferir materialização efetiva à Constituição Federal, diante da renitente omissão estatal, parcial ou total, injustificável.

Na seara da impossibilidade de se legitimar a omissão estatal, salienta Daniel Sarmento (2000, p. 71):

“O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc”.

Assim, a mencionada “substituição decisória” (Ribeiro, 2014, p. 272), por uns defendida e por outros criticada, em que o Poder Judiciário assume o controle da discricionariedade da Administração Pública, não é o propósito da sindicabilidade das políticas públicas.

O que se busca com a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas é preencher o vácuo protagonizado pelo Estado-Provedor quanto à consecução de direitos que dignificam a vida do homem, vazio este promovido, em sua maioria, pelos desvios corruptivos endêmicos que solapam a função precípua da atuação administrativa, e não a usurpação de competência.

Destarte, revela-se indispensável que esta atuação extraordinária do Judiciário, reconhecido que este não é o seu fim institucional, esteja acompanhada de robusta fundamentação, advertindo-se ao risco de uma excessiva judicialização da política, o

que comprometeria as bases de sustentação do Estado Constitucional de Direito assim como o foi pensado pela Assembleia Constituinte.

Interessante apontamento declina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 215), ao considerar a consequência que decorre da ampliação da esfera de intervenção do Judiciário

“(…) seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou co-responsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder. Mais, veio ele a ser visto como um colaborador do Governo. Ou, quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável – a serviço da oposição – por decisões contrárias ao interesse popular (...). Em ambos os casos assume uma feição de órgão político, no pior sentido do termo”.

De outra banda, destacando a relevância desse processo, a visão de Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 338):

“Essa politização do juiz é o resultado de sua alta independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz parcial, apartado da lei e substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional; continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional”.

Ainda fomentando a relevância desse tema (judicialização da política), Bonavides (2007, p. 345), consignando que, embora a interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas seja válida, especialmente quando objetiva favorecer a efetivação dos direitos sociais, há de se temer a ampliação da politização da justiça, pois que tal expediente faz com que a Constituição acabe sendo, na prática, a vontade do governo, porquanto um Judiciário politizado não desempenha com rigor, independência e imparcialidade, o controle jurisdicional dos atos normativos, designadamente quando o poder de quem governa extravasa, sem freio, os limites de sua competência e autoridade.

De tudo o que fora dito até então, percebe-se a preocupação contemporânea da doutrina jurídica e administrativa com o que diz respeito à concretização constitucional e, por conseguinte, à implementação das políticas públicas, pois que disto está a depender a concessão do mínimo existencial aos indivíduos que buscam ser cidadãos que assim só podem ser denominados se de posse dessas prerrogativas subjetivas constitucionalmente estabelecidas.

Assim, é inegável a necessidade da ingerência judicial, quando, por provocação, constatar-se a omissão estatal na preservação dos direitos sociais, determinando, inclusive, se for necessário, a implementação de políticas públicas por meio de obrigações de fazer ao Estado, visando sempre proteger a dignidade da pessoa humana e “evitar a sua inércia e face da necessária tarefa de consolidação dos direitos fundamentais” (RIBEIRO, 2014, p. 275), sem, contudo, ser absoluta ou supressora da ação governamental, sob pena de alterar inusitadamente o programa de governo.

Tudo isto em razão de que a simples declaração dos direitos fundamentais na Constituição não representa a conquista e realização da cidadania. É indispensável que os dispositivos constitucionais possuam o que Konrad Hesse chama de força normativa, isto é, a sua integração à práxis social dos indivíduos/cidadãos e agentes públicos na forma de direitos e deveres recíprocos deve ser válida e efetiva. Só nesse momento, poder-se-á ter a cidadania como mecanismo político-jurídico de inclusão social.

Afinal, como enfatiza Agassiz de Almeida Filho (2010, p. 75), esse é o desafio atual: “construir uma Constituição normativa que tenha eficácia social e não seja tratada pelo poder político como mera figura ornamental de legitimação”.

VI CONCLUSÃO

O Estado brasileiro é incapaz de atender a demanda que se lhe impõe de forma integral, promovendo um vácuo entre o que se projeta a fazer e o que, fatidicamente, faz. É de se afirmar também que o Poder Judiciário passou a ocupar o espaço deixado pela Administração Pública no atendimento dessa demanda, consubstanciada nas necessidades sociais, em especial aquelas que exigem do Estado uma postura ativa, de cunho prestacional, a qual corresponde a um dever estatal de tutela positivo.

O avanço do Poder Judiciário no sentido de *substituir* a discricionariedade administrativa, revelou-se mecanismo de proteção dos desguarnecidos da mão estatal, o que, geralmente, está atrelado à parca ou inexistente consecução dos direitos sociais,

estabelecidos no art. 6º do texto da Constituição em vigor, que têm o caráter de dignificar a vida humana, mediante concessão de prestações básicas (mínimo existencial) pelo Estado, voltadas essencialmente ao bem-estar da sociedade.

Repise-se que o caráter de fundamentalidade desses direitos rechaça qualquer entendimento tangente à programaticidade das normas, típico da doutrina clássica que confere graus de eficácia diferenciados a determinados grupos de normas constitucionais. Inaplicável, pois, esta desarrazoada categorização, de sorte que à todas as normas está implícita a eficácia plena e imediata aplicabilidade, o que justifica sua oponibilidade em face do Estado, a quem cabe a sua implementação.

No que tange à tal implementação, é de se registrar que ela decorre da implementação efetiva de políticas públicas, função precípua da Administração Pública, cuja consolidação não é a regra, e que apresenta vários desdobramentos, a exemplo do fomento à cidadania e a realização da Justiça, em contribuição ao desenvolvimento dos objetivos do milênio, entre os quais, inexoravelmente, está a preocupação, que ultrapassa as décadas, em se conferir máxima eficácia à Constituição Federal, o que depende da manutenção de uma relação salutar entre Política (Administração Pública) e Direito (ordenamento jurídico brasileiro), encontrando-se, aqui, o ponto de intersecção entre as atuações administrativa e judicial no exercício da sindicabilidade das políticas públicas.

A constatada insuficiência ou inexistência da atividade estatal no cotejamento das grandes questões públicas relacionadas à implementação predita, que multiplica as desigualdades, a exclusão social e a degradação do conceito de cidadania, levou a sociedade, desacreditada nos Poderes (Executivo e Legislativo), a instar o Judiciário a se pronunciar cada vez mais acerca das demandas não atendidas, fenômeno denominado de judicialização da política, a partir do que o Judiciário passou a ser encarado como protagonista da transformação social e fomentador das políticas públicas na democracia de papel brasileira, garantindo a fruição dos direitos fundamentais não prestados pelo Poder competente.

Neste processo em que se dá a *substituição* da discricionariedade administrativa pela ingerência judicial, produz-se efeito de natureza dúplici, onde se estabelece a maior problemática atinente à questão, pois que ao passo em que o Judiciário preenche a lacuna deixada pela Administração Pública, realizando o controle das políticas públicas, determinando-lhe a assunção e consecução de dever prestacional estatal, e, assim, promovendo a concretização constitucional; também abre margem para

a instalação de um perigoso dilema, qual seja, o império de decisões pautadas por voluntarismos subjetivistas, uma verdadeira “ditadura” do Judiciário, em violação frontal à separação dos poderes e ao próprio princípio democrático.

Assim, certos de que se incorre neste risco, de um lado, e, de outro, assiste-se à renitente irresponsabilidade daqueles que deveriam formular e implementar as políticas públicas a contento, na conformidade dos pleitos sociais, verifica-se a imperiosa necessidade de se investigar onde se encontra o gargalo e como será rompido, evitando-se a omissão persistente de um e a excessiva atuação do outro, em respeito ao estabelecimento constitucional das competências de cada um dos Poderes.

Isso demonstra que a configuração ideal do Estado Democrático de Direito, firmado no contexto compromissário do Estado de bem-estar social brasileiro, estar ainda a depender de um longo ciclo evolutivo que não se completará com a atuação do Judiciário nas competências típicas dos demais Poderes, substituindo-lhes em sua discricionariedade, fenômeno que passou a nortear a ação do Estado na consecução de direitos sociais, mas, sim, quando a Moderna Gestão Pública for encarada como uma diretriz de observância obrigatória.

Isto porque mesmo estando assentada a Administração Pública na legalidade, opção política constituinte, vontade político-jurídica, e o Judiciário na necessidade de fazer justiça face os desvios da atuação daquela, mediante decisões jurídico-políticas, não será um (vontade política) ou outro (normas jurídicas) que inaugurará a caminhada por esse ciclo evolutivo que desafia os objetivos do milênio para o desenvolvimento, mas, sim, o planejamento estratégico do Estado num cenário de escassez de recursos, o que demanda pessoal especializado e elaboração de alternativas com vistas à formação de uma séria agenda de prioridades que enfoque, de fato, o interesse público.

O desafio que impõe, indo além da concretização constitucional que tanto se discute, é a gestão pública estratégica, que deve começar pela substituição dos resquícios de um modelo de Estado patrimonialista, pelo modelo de Estado Gerencial, um modelo socialmente fundamentado, modelo democrática de planejamento que inclua em sua pauta a participação popular direta e o afastamento de vicissitudes como os favorecimentos, clientelismo e assistencialismo, incongruentes com o paradigma estatal que necessita para o desenvolvimento do milênio. Isto vai muito além da concretização constitucional, fria e técnica.

Na verdade, a gestão pública a pressupõe e é o seu gargalo. Impende, assim, que o conceito de cidadania seja mais uma vez ampliado (após expandir as fronteiras da

representação política e exigir o processo de integração social equitativa como seus pressupostos) para abranger a indispensável criação, institucionalização, mas, especialmente, a efetiva implementação de canais de participação direta nos processos decisórios do Estado, inclusive nos atinentes ao ciclo de gestão e políticas públicas, a exemplo da consulta pública, audiência pública e orçamento participativo.

Compreendido o relativamente infrutífero embate travado em torno da discricionariedade dos Poderes e suas respectivas atuações na direção da concretização constitucional, pois que disso não resultará solução hábil a enfrentar o desafio proposto pelo atual Estado Democrático de Direito, preocupação contemporânea, e consagrada a insofismável relação de complementaridade entre Direito e Gestão Pública, impõe-se, como forma de contribuir para os objetivos de desenvolvimento do milênio, a inserção das políticas públicas na gestão pública como um meio racional e vinculante da ação governamental, a ser desenvolvida orientada pelas diretrizes de uma gestão estratégica, característica do Estado Gerencial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Imperativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Política**. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. Dicionário de Política. 12. ed. vol. 2. Brasília: Editora da UNB, 2002.

_____, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. In: _____. Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45-DF**. Ministro Relator Celso de Mello. Revista dos Trimestral de Jurisprudência (RTJ), Brasília, vol. 200, p. 191-197, abr./jun., 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

DANIGNO, Renato Peixoto. **Planejamento Estratégico Governamental**. Módulo do Curso de Especialização em Gestão Pública. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Brasil). Universidade Aberta do Brasil. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (Org.). Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

GOMES DOS SANTOS, Maria Paula. **O Estado e os Problemas contemporâneos**. Módulo do Curso de Especialização em Gestão Pública. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Brasil). Universidade Aberta do Brasil. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **A sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário ou a possível balbúrdia dos valores na atuação administrativa**. Revista da AGU. Brasília-DF, ano XIII, n. 40, abr./jun., 2014.

MAIA, Gretha Leite. **Revisitando quatro categorias fundamentais: Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social e Democracia**. Revista Eletrônica Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. vol. 31.2, jul./dez. Fortaleza: 2013. Disponível em <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/2011.2.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2013.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Fundamentos de Administração**. Manual Compacto para as disciplinas TGA e Introdução à Administração. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. In: SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: www.georgesarmento.com.br. Acesso em: 25 de fevereiro de 2014.

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Construindo o Planejamento Público. Buscando a integração política, gestão e participação popular**. São Paulo: Atlas, 2013.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas – Análise**. Módulo do Curso de Especialização em Gestão Pública. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Brasil). Universidade Aberta do Brasil. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012.

SANTOS, Luís Wanderley dos. **A eficácia das normas constitucionais**. Brasília: Revista de Direito da Universidade Católica de Brasília. 1. ed. Pub.: 05 de maio de 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/90/normas-constitucionais-e-seus-efeitos>. Acesso em: 02 de junho de 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez., 2006.

SOUZA, Mavíael Élder Fernandes de; VAZ, Alana Natasha Mendes Pereira Martins. **Normas Constitucionais Programáticas: eficácia e juridicidade das normas programáticas da Constituição Federal**. Disponível em: <http://dc176.4shared.com/doc/Aag9HsvM/preview.html>. Acesso em 15 ago. 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.