

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

IVAN MOIZÉS ILKIU

LIMITES DO CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO BRASILEIRO

JACAREZINHO
2013

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

IVAN MOIZÉS ILKIU

**LIMITES DO CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação do Programa de Mestrado
em Ciência Jurídica (Área de
concentração: Estado e
Responsabilidade: questões críticas), da
Universidade Estadual do Norte do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Cambi

JACAREZINHO
2013

ILKIU, Ivan Moizés

Limites do Controle de jurisdição constitucional de
Políticas Públicas no Estado Constitucional Democrático
de Direito Brasileiro / Ivan Moizés Ilkiu -
Jacarezinho, 2013.

149 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade
Estadual do Norte do Paraná - UENP

Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2013

CDD 341.12312/341.202 CDU 342

1. Limites 2. Controle de Jurisdição Constitucional 3. Políticas Públicas

**LIMITES DO CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Coordenador do Mestrado**

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Eduardo Cambi
Orientador**

Prof. Dr. Edinilson Doniseti Machado

Prof. Dr. Fábio Alexandre Coelho

À minha esposa Fabíola Yuri,
razão pela qual não me permito esmorecer jamais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas oportunidades que me foram concedidas na vida e por todas as realizações pela força de sua mão, pois por Ele e para Ele são todas as coisas.

À minha amada esposa Fabíola Yuri, pelo apoio incondicional nas horas mais difíceis de minha vida.

Ao professor, Dr. Eduardo Cambi, pela contribuição inestimável para o bom andamento e conclusão desse trabalho.

Aos meus colegas de mestrado, pelos momentos de convivência e troca de experiências, em especial, ao Dr. Luciano Marcelo Dias Queiróz, pela motivação a mim dispensada no início desse desafio fabuloso que é o aprendizado.

Aos meus colegas de trabalho, pelas críticas e sugestões que possibilitaram o enriquecimento dessa pesquisa científica.

À Natalina da Costa, funcionária da instituição que sempre nos atendeu com muita simpatia e dedicação.

Prepara-se o cavalo para o dia da batalha,
porém do SENHOR vem a vitória.
(BÍBLIA, PROVÉRBIOS, 21:31)

A aprovação da presente dissertação não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
1 POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO	14
1.1 POLÍTICA PÚBLICA COMO ÁREA DO CONHECIMENTO.....	15
1.2 POLÍTICA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO	28
1.3 INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	37
1.4 CONTROLE ADMINISTRATIVO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	47
2 CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	56
2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SOBERANIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	57
2.2 IMPASSES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	66
2.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO DE PRINCÍPIOS	77
2.4 ÂMBITOS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM SEDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: FASES DE ELABORAÇÃO E DE EXECUÇÃO DOS PLANOS DE GOVERNO	86
3 LIMITES DO CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	96
3.1 A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE MÁXIMO À INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL	97
3.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIOS LIMITADORES DA ATUAÇÃO JURISDICCIONAL	107
3.3 RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS CONTRAPONTO: MÍNIMO EXISTENCIAL E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL	117
3.4 A DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR PÚBLICO AINDA É UM LIMITE À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO?	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
REFERÊNCIAS.....	140

RESUMO

O objetivo desta dissertação é a investigação acerca da incidência de limites ao controle de jurisdição constitucional de políticas públicas. Trata-se de pesquisa científica elaborada dentro da linha de pesquisa: "Estado e Responsabilidade: questões críticas", do Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Por meio da metodologia dedutiva e com escopo no paradigma da Constituição da República Federativa do Brasil, buscou-se contextualizar o termo "políticas públicas" para, a partir da compreensão do conteúdo e extensão desse objeto de estudos, estabelecer relações sobre a incidência de limites na atuação do Poder Judiciário em face de princípios e valores existentes no ordenamento jurídico. A base de todo o trabalho está na contextualização do termo "políticas públicas" por meio de uma análise que leva em consideração sua expressão como fonte de conhecimento, sem deixar de lado o exame do seu arcabouço instrumental de planejamento (PPA, LDO e LOA), monitoramento e avaliação dentro do processo administrativo de controle. No exame do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas, elementos cruciais foram considerados, a exemplo da soberania da Constituição, os impasses da jurisdição constitucional (judicialização da política e ativismo judicial), os desafios da hermenêutica em face das inúmeras possibilidades criadas pela aplicação dos princípios e normas de conteúdos abertos e os âmbitos de atuação do Poder Judiciário nas fases de elaboração e execução dos planos de governo. A conclusão a que se chega é que a Constituição é o limite máximo à intervenção jurisdicional, sendo que o ponto de equilíbrio e harmonia das funções precípuas do Estado, em face da concepção neoconstitucionalista do ordenamento, está na observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em face desse entendimento, argumentos baseados na reserva do possível e na discricionariedade do gestor público, antes vistos como barreiras para a intervenção de magistrados no campo meritório do administrador, passam a ser relativizados. A contribuição deste trabalho volta-se para uma tentativa de aproximação do universo jurídico ao político, pois não há mais como separar um do outro. A judicialização da política é um fenômeno que não pode ser freado; porém, não se admite que juízes, promotores e operadores do direito atuem nesse campo sem conhecimento básico sobre os principais elementos que formam o arcabouço teórico e prático dessa área do conhecimento que se convencionou chamar de "Políticas Públicas".

Palavras-chave: Estado, Constituição, Controle, Judiciário, Políticas Públicas.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to research about the incidence of the control limits of constitutional jurisdiction of public policy. It is scientific research developed within the research line: "State Responsibility: critical issues," the Master of Science in Legal UENP. Through deductive methodology and paradigm scoped the Constitution of the Federative Republic of Brazil, sought to contextualize the term "public policy" to, from the understanding of the content and extent of the object of study, establish relations on the incidence of limits the judicial power in the face of principles and values in the legal system. The basis of all the work is in the context of the term "public policy" through an analysis that takes into account its expression as a source of knowledge, without neglecting the examination of its instrumental framework planning (PPA, LDO and LOA) , monitoring and evaluation within the administrative process control. In taking control of the constitutional jurisdiction of public policy, crucial elements were considered, such as the sovereignty of the Constitution, the constitutional jurisdiction of impasses (legalization of politics and judicial activism), the challenges of hermeneutics in the face of endless possibilities created by applying the principles and norms of open content and scope of judicial power in the preparation and implementation of government plans. The conclusion reached is that the Constitution is to limit judicial intervention, and the balance and harmony of the primary functions of the state, due to the design of spatial neoconstitucionalista, is the observation of the principles of reasonableness and proportionality . Given this conception, arguments based on reserves as possible and at the discretion of the public manager, once seen as barriers to the involvement of judges in the field meritorious administrator, become relativized. The contribution of this paper turns to an attempt to approach the legal to the political universe, because there is no way to separate one from the other. The judicialization of politics is a phenomenon that can not be restrained, but no one admits that judges, prosecutors and law professionals working in the field without basic knowledge about the key elements that form the theoretical and practical knowledge in this area has been conventionally call "pubic policy".

Keywords: State, Constitution, Control, Judicial, Public Policy.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação de mestrado foi desenvolvida na linha de pesquisa do Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná, denominada de "Estado e Responsabilidade: questões críticas", cujo pano de fundo estampa uma perspectiva de abordagem na efetivação de direitos humanos fundamentais.

Com o tema "Limites do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito" buscou-se restringir ao máximo a proposta de trabalho com o fito de se estabelecer linhas seguras de respostas para uma questão básica: "A atuação dos magistrados em sede de políticas públicas sofre algum tipo de limitação?"

Para responder a essa pergunta, adotou-se a metodologia dedutiva, de forma que a estrutura do trabalho se conforma em um silogismo no qual as premissas maior, menor e a conclusão estão dispostas em três capítulos.

No primeiro capítulo procurou-se contextualizar o termo "políticas públicas" com base em referenciais teóricos advindos das Ciências Políticas, da Constituição da República Federativa do Brasil, dos instrumentos de planejamento e efetivação dos objetivos de Estado, finalizando-se com uma análise do funcionamento do controle administrativo sobre as ações de governo tendentes à consecução dos fins traçados na Norma Fundamental.

No capítulo seguinte, tendo o foco no controle de jurisdição constitucional de políticas públicas, procurou-se investigar os principais elementos que sustentam a dinamicidade do controle de constitucionalidade, bem como de impasses em relação a jurisdição constitucional, a exemplo dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Não poderia ficar de fora desta análise, aspectos atinentes à hermenêutica constitucional e seu contraponto baseado no constitucionalismo de princípios, bem como os âmbitos de atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, na tentativa de se demonstrar que, ao contrário do que alguns doutrinadores defendem, os magistrados interferem, sim, na fase de elaboração dos planos de governo.

O terceiro e último capítulo culmina com a análise dos limites do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas. Tendo em vista que o paradigma de abordagem é constitucionalista, tem-se que a palavra final em casos de litígios ou interpretação da norma constitucional é do Judiciário, porém, a base desse controle e limite máximo para qualquer tipo de intervenção é a Constituição. Portanto, defende-se que nenhum poder é ilimitado frente a esta perspectiva. Assim, propõe-se ao exame dos limites à atuação do magistrado em face de sua intervenção neste campo, quais sejam: princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reserva do possível (finanças, pessoal, legalidade) e discricionariedade do gestor público.

A abordagem é atual, haja vista que o enfoque da pesquisa tem seu paradigma precípua na Constituição e na Democracia, pois somente em um Estado Constitucional Democrático de Direito é possível se falar em realização de direitos humanos e fundamentais (individuais ou coletivos) por meio de políticas públicas.

O grande desafio para juízes, promotores e advogados que atuam ou atuarão nesta seara está na análise e apreensão de conceitos advindos de uma área de conhecimento multidisciplinar, principalmente pelo fato de esta disciplina não fazer parte da grade curricular de formação do bacharel em direito. Cumpre registrar que a falta de intimidade com esse assunto tem gerado divergências doutrinárias sérias e complexas.

Por fim, convém consignar que o trabalho não apresenta qualquer pretensão de completude sobre a temática, vastíssima e apta a suscitar uma miríade de questionamentos e aspectos de ordem jurídica, política e social. Destarte, o propósito do estudo é o de contribuir para a discussão acerca dos elementos axiológicos e normativos que dão substrato a vasta teoria que engloba o termo "políticas públicas no Estado Constitucional Democrático de Direito" e colaborar para o debate sobre o respeito aos limites traçados pela Constituição da República para a atuação do Poder Judiciário brasileiro.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO

Investigar é o trabalho do cientista. Existe uma máxima positivista que retrata bem essa afirmação e que se baseia no fato de o conhecimento ser resultado de uma relação que se estabelece entre um sujeito que conhece, que podemos chamar de sujeito cognoscente, e um objeto a ser conhecido, o objeto cognoscível (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2008, p.7).

Por outro lado, um dos instrumentos utilizados para a interação com o objeto de estudos "políticas públicas" é, sem dúvida, a terminologia. Ao salientar o papel terminológico na Constituição do pensamento científico, tem-se que o seu uso está relacionado às atividades que envolvem um saber especializado. Isso se justifica porque os termos técnico-científicos transmitem conceitos próprios do conhecimento científico, da técnica, da tecnologia, entre outros domínios (BENEVISTE, 1989).

Mesmo com base na língua inglesa, que é a preferida pelos cientistas por conter grande parte de palavras com sentido unívoco, a dificuldade para a elaboração de uma definição concisa sobre o tema é bastante grande. Embora seja conveniente distinguir o aspecto polissêmico do monossêmico na linguagem, e conferir um sentido mais objetivo às palavras empregadas em Ciência, Maria H. Saianda (1992, p.9) ensina que "o próprio discurso científico traduz uma objetividade apenas aparente, com um caráter de dialogismo interativo, que pressupõe troca e, portanto, ambiguidade".

Essa ambiguidade existente para a definição de um conceito preciso sobre política pública decorre, principalmente, dos diversos olhares que envolvem o objeto de estudos. Além disso, essa multidisciplinaridade tem vinculação com áreas do conhecimento que são, em sua essência, bastante diversas, a exemplo da economia, da contabilidade, da estatística e da própria Ciência Jurídica.

Por outro lado, os termos utilizados para conceituar políticas públicas variam. Em alguns casos, referem-se às instituições políticas ou ordem do sistema político delineada pelo sistema jurídico, bem como a estrutura institucional do sistema político-administrativo; em outros, ao processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, às decisões e,

também, ao significado atinente aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, dos problemas técnicos e de conteúdo material das deliberações políticas (FREY, 2000, p. 216).

Cabe registrar que, ao se transportar os conceitos advindos da língua inglesa para a portuguesa, ainda permanecem as ambiguidades. Massa-Arzabe pondera sobre essa questão, afirmando que,

O adjetivo “pública” igualmente é alvo de sentidos múltiplos, pois às vezes é usada como equivalente de estatal, do Estado, e outras vezes, daquilo que é de todos, na qual a dicotomia tradicional público-privado perde a função e as fronteiras entre Estado e sociedade tornam-se borradas e permeáveis (MASSA-ARZABE, 2006, p.60).

A distinção teórica extraída dos diferentes conceitos de políticas públicas serve tanto para estruturar projetos de pesquisa de forma isolada em face de cada tipo de acepção, como também para efeitos de observação das influências decorrentes do entrelaçamento de uma dimensão de política pública em outra. Segundo Klaus Frey (2000, p.217) "a ordem política concreta forma o quadro, dentro do qual se efetiva a política material por meio de estratégias políticas de conflito e de consenso".

Diante do grau de influência das estruturas (*polity*) e dos processos de negociação política (*politics*) sobre o resultado material concreto (*policy*) é que se demonstra salutar uma análise contextualizada do termo política pública em face de seus desdobramentos de fundo científico, instrumental, de planejamento e de controle administrativo, com base no paradigma da Constituição da República.

1.1 POLÍTICA PÚBLICA COMO ÁREA DO CONHECIMENTO

A área de políticas públicas consolidou, nos últimos sessenta anos, um corpo teórico próprio, um instrumental analítico útil e um vocabulário voltado para a compreensão de fenômenos de natureza político-administrativa. Contribuições advindas das mais variadas ciências materializaram-se em um campo do conhecimento dotado de extrema complexidade, pois, ao mesmo tempo em que é

moldada por vários saberes, essa disciplina¹ acaba por interferir nas próprias fontes de conhecimentos que formam seu arcabouço.

Os fundamentos disciplinares dos estudos de políticas públicas estão nas ciências políticas, na sociologia e na economia (SOUZA, 2007), mas é incontestável que a concepção multidisciplinar que reveste essa área do conhecimento também sofre delineamentos oriundos de disciplinas como a administração pública, a teoria das organizações, a engenharia, a psicologia social e o próprio direito.

O marco do estabelecimento da área disciplinar de estudos de políticas públicas, no mundo, ocorreu com a publicação de dois livros: *The governmental process* de David B. Truman (1951) e *The policy sciences* (1951), de Daniel Lerner e Harold D. Lasswell. Este aborda, entre outros assuntos, a discussão sobre o crescente interesse de pesquisadores sobre a formulação e avaliação de impacto das políticas públicas e também sobre a delimitação desse campo de conhecimento multidisciplinar que é orientado para a resolução de problemas públicos concretos; aquele trata sobre grupos de interesses, suas estruturas e as técnicas de influência sobre os processos de políticas públicas no Executivo, Legislativo, Judiciário e no corpo burocrático da administração pública (SECCHI, 2012, p.13).

No quesito país, Os Estados Unidos da América atuaram como pioneiros na promoção de estudos no mundo acadêmico sobre a ação dos governos, porém, sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado. Lá, a *policy* foi introduzida na seara governamental como uma ferramenta de planejamento decorrente da necessidade de se combater a Guerra Fria e pela valorização da tecnocracia como forma de se enfrentar as consequências das decisões de Estado (SOUZA, 2006, p. 22)

O objetivo do plano norte-americano era de que a expansão do capitalismo no mundo lograsse êxito. Desse modo, era necessário contar com a

¹ O CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) catalogou, em 2005, a disciplina "políticas públicas" como subárea do conhecimento das Ciências Políticas com o código 7.09.04.00.6, ambas compreendidas na grande área Ciências Humanas (7.00.00.00-0). As especialidades compreendidas neste campo são: análise do processo decisório; análise institucional; técnicas de antecipação. Disponível em <<http://200.17.161.80/prppg/projetos/tabela-areas-do-conhecimento-cnpq.pdf?PHPSESSID=80c785c0a871a440259e6d12fb6c47c9>>. Acesso em 18 de dez. de 2012.

contribuição de uma vasta gama de peritos que seriam responsáveis, dentro de suas áreas de conhecimento, pela criação e execução de estratégias voltadas para tal desígnio.

Essa contribuição surgiu por meio de Robert McNamara, que estimulou a criação, em 1948, da *RAND Corporation*, uma organização privada, financiada com recursos públicos, cujo trabalho era realizado por matemáticos, engenheiros, cientistas políticos, analistas de sistemas, sociólogos, advogados, enfim, por um grupo seletivo de profissionais de diferentes áreas. A finalidade da organização era mostrar como uma guerra poderia ser conduzida como um jogo racional, ou seja, com aplicação de métodos científicos às formulações e às decisões de governo que, somente mais tarde se expandiram para a política social (PARSONS, 1997).

Para Celine Souza,

O pressuposto analítico que regeu a constituição e a consolidação dos estudos sobre políticas públicas é o de que, em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é possível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes. (SOUZA, 2006, p.22).

Com o passar dos anos surgiram tipologias e categorias analíticas que foram sendo consolidadas internacionalmente na literatura de políticas públicas que se mostraram úteis, tanto para o meio acadêmico, como também para que profissionais do setor público pudessem mapear problemas e oferecer soluções para situações das mais diversas.

Essa dinâmica, considerada parte indissociável de qualquer política pública, possibilitou que o uso de informações produzidas em âmbito abstrato fosse aplicado também para o desenvolvimento de estudos setoriais, abrangendo questões relativas à Seguridade Social, à educação, à cultura, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à família, à criança, ao adolescente, ao jovem, ao Idoso, e também em face dos direitos dos índios².

Para Leonardo Secchi,

² A Constituição de 1988, caracterizada como analítica, contém em seus texto disposições detalhadas sobre alguns setores a partir do Título VIII, que trata da Ordem Social.

O uso dos conhecimentos produzidos na área de políticas públicas para estudos setoriais, aparentemente distantes uns dos outros, justifica-se pelo compartilhamento transversal de características político-administrativas: a) problemas públicos surgem de forma semelhante; b) o estudo de alternativas de solução para problemas públicos ocorre de forma similar; c) os métodos de tomada de decisões são semelhantes; d) os obstáculos de implementação são essencialmente parecidos; e) a avaliação de impacto das políticas públicas nesses setores também pode ser feita de forma analiticamente parecida (SECCHI, 2012, p. 14).

Com base nesse paradigma, formulou-se na literatura internacional de políticas públicas o eixo central de apresentação de seus conteúdos, denominado de *policy cycle* ou ciclo da política pública.

Várias propostas analíticas foram feitas para o ciclo de políticas públicas, entre as quais se destacam as de Lasswell (1956), Lindblom (1968), May e Wildavsky (1978) e Jones (1984). O *policy cycle* é geralmente separado nas seguintes fases: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção da política pública (SECCHI, 2012, p.15).

Importante salientar que esse esquema clássico, no entanto, tem a limitação de não colocar em evidência as diversas dimensões analíticas disponíveis para um estudo mais completo sobre os elementos que constituem uma política pública. Para Regonini (2001), qualquer esforço de análise que queira fazer uma descrição densa e completa de um fenômeno de política pública deve abranger cinco dimensões, quais sejam: dimensão de conteúdo; dimensão temporal; dimensão espacial; dimensão de atores e dimensão comportamental.

A seguir, um breve relato de cada uma das dimensões que abrangem o fenômeno da política pública, de acordo com o enfoque trazido pela pesquisadora Gloria Regonini, da *Università degli Studi di Milano*:

Dimensão de conteúdo– *policy* (tipos de política pública)

Uma tipologia é um esquema de interpretação e análise de um fenômeno baseado em variáveis e categorias analíticas. Uma variável é um aspecto discernível de um objeto de estudo que varia em qualidade ou quantidade. Uma categoria analítica é um subconjunto de um sistema classificatório usado para identificar as variações em quantidade ou qualidade de uma variável (SECCHI, 2012, p 16).

Desse modo, o objeto de estudo “políticas públicas” pode ser analisado com o auxílio de esquemas analíticos. Esses planos funcionam como uma espécie de classificação que leva em conta os conteúdos, atores, estilos e instituições que formam todo o processo que dá coerência a esta disciplina ou área do conhecimento. As tipologias mais difundidas entre os cientistas políticos são cinco e levam o nome de seus autores: Lowi; Wilson; Gustafsson; Bozeman e Pandey.

A tipologia de Theodore J. Lowi foi formulada com base em um artigo publicado na revista *World Politics*, em 1964, sendo, posteriormente, aprimorada em sucessivos trabalhos. Baseia-se no critério de “impacto esperado na sociedade” (LOWI, 1964, p.689). Segundo esse critério, há quatro tipos de políticas públicas, são elas: regulatórias; distributivas; redistributivas e constitutivas.

As políticas regulatórias estabelecem padrões de comportamento, serviço ou produto para atores públicos e privados. Na análise de Klaus Frey , a característica dessa categoria é a existência de ordens e proibições, sendo indetermináveis, tanto os custos e benefícios, como também os processos de conflito, de consenso e de coalizão entre os afetados por ações desse gênero. São exemplos desse tipo de políticas as regras para a segurança alimentar, para operação de mercado financeiro, regras de tráfego aéreo, códigos de trânsito, de defesa do consumidor, legislações diversas, bem como códigos de ética em assuntos como aborto e eutanásia ou, ainda, proibição de fumar em locais fechados e normas para publicidade de certos produtos, como bebidas alcoólicas (FREY,1997, p.223).

Políticas distributivas são caracterizadas por um baixo grau de conflito dos processos políticos, o que a doutrina de Windhoff-Héritier (1987, *apud* FREY, 2000, p.224) chama de “consenso e indiferença amigável”. Apesar de gerarem benefícios concentrados para alguns grupos de atores e custos difusos para toda a coletividade/contribuintes. Esse fato não é tão perceptível para todos os cidadãos. São exemplos desse tipo de política pública os subsídios, a gratuidade de taxas para certos usuários de serviços públicos, renúncias fiscais, entre outros. As emendas parlamentares ao orçamento da União, para realização de obras públicas regionalizadas, são típicos exemplos de políticas distributivas.

Políticas redistributivas concedem benefícios concentrados a algumas categorias de atores e implicam custos concentrados sobre outras categorias de atores. É um tipo de política que provoca muitos conflitos, pois representa um jogo de soma zero e, Segundo Lowi, (1964, *apud* SECCHI, 2012, p.18) não recebem esse rótulo pelo resultado redistributivo efetivo (renda, propriedade, bens, etc.), mas sim pela expectativa de contraposição de interesses claramente antagônicos.

O objetivo das ações categorizadas nessa tipologia é o elitismo, por meio do deslocamento consciente de recursos financeiros, direitos ou outros valores entre camadas sociais e grupos da sociedade. Exemplos clássicos desse tipo de política são as cotas raciais para universidades públicas, políticas de benefícios sociais ao trabalhador e os programas de reforma agrária (FREY, 2000, p.224).

Políticas constitutivas são regras sobre os poderes e regras sobre as regras ou seja, são aquelas políticas que definem as competências, jurisdições, regras da disputa política e da elaboração de políticas públicas também chamadas de “meta-políticas”, porque se encontram acima dos outros três tipos de políticas e comumente moldam a dinâmica política nessas outras arenas (SECCHI, 2012, p.18). Os exemplos dessa tipologia são as regras do sistema político-eleitoral, a distribuição de competências entre poderes e esferas, regras das relações intergovernamentais, regras da participação da sociedade civil em decisões públicas.

Embora os eleitores e cidadãos, usuários das políticas públicas, não se interessem por esse tipo de política pública, já que não tratam diretamente de prestação de serviços ou de ações concretas de governo, são as mais importantes, pois seu foco de atuação gera efeitos indiretos em todo o sistema, inclusive no jurídico.

James Quinn Wilson formulou sua tipologia adotando o critério da distribuição dos custos e benefícios da política pública na sociedade. É uma classificação que os analistas consideram como complementar a tipologia de Lowi. São quatro os perfis dessa tipologia: majoritárias, clientelista, de grupos de interesses e empreendedora (SECCHI, 2012, p.19).

As políticas majoritárias são aquelas em que os custos e benefícios são distribuídos pela coletividade. São exemplos dessa categoria: a instituição de serviços públicos de saúde, educação, segurança, defesa nacional, investimentos em infraestrutura, etc. (SECCHI, 2012, p. 19).

Políticas clientelistas são aquelas em que os benefícios são concentrados em certos grupos e os custos são difusos na coletividade. Assemelham-se às políticas distributivas na tipologia de Lowi (SECCHI, 2012, p.19).

As políticas de grupos de interesses são aquelas em que tanto custos como benefícios estão concentrados sobre certas categorias. Referem-se, na tipologia de Lowi, às políticas redistributivas.

Por fim, as políticas empreendedoras importam em benefícios, e os custos ficam concentrados sobre certas categorias. Esse tipo específico de política pública não foi previsto na tipologia de Lowi, e talvez seja a maior inovação de Wilson, haja vista sua percepção em demonstrar que essas políticas enfrentam uma dificuldade real, que é a organização de interesses coletivos contrários a interesses concentrados (OLSON, 1999). Exemplos de ações dessa categoria são as leis que tornam ilegais os jogos de azar e as reformas administrativas que resultam em extinção de certos órgãos públicos (SECCHI, 2012, p.19).

Importante lembrar que os custos a que se refere Wilson não são, necessariamente, financeiros, podendo ser de materiais, simbólicos, de liberdade de decisão, entre outros.

A tipologia Gormley tem por base o nível de saliência (capacidade de afetar e chamar a atenção do público em geral) e o nível de complexidade (necessidade de conhecimento especializado para sua formulação e implementação). Para Gormley, um assunto é saliente quando afeta um grande número de pessoas de modo significativo e é complexo quando levanta questões fatuais que não podem ser respondidas por generalistas ou amadores (GORMLEY, 1986, p.598).

Essa classificação tem o cunho de possibilitar ao analista de políticas públicas uma previsão do comportamento de políticos, burocratas, cidadãos e dos meios de comunicação para fins de se antecipar decisões para prevenir patologias.

A tipologia de Gustafsson baseia-se no critério de distinção entre o conhecimento e a intenção do *policymaker* (equipe de planejamento). Nessa tipologia, existem subcategorias que se escalonam: política sem sentido; política simbólica; *pseudopolítica* e política real.

Política sem sentido é aquela na qual os *policymakers* têm interesse na manutenção do *status quo* e não possuem competência ou conhecimento do que realmente seja um planejamento estratégico ou de métodos; *pseudopolítica* se configura pelas ações em que os *policymakers* têm interesse, mas não detêm conhecimento para estruturá-la adequadamente e política simbólica são aquelas em que os *policymakers* tem condições de elaborá-las mas não demonstram grande interesse em colocá-las em prática (GUSTAFSSON, 1983, p.269-287).

A tipologia de Bozeman e Pandey baseia-se na distinção entre conteúdos de política pública que podem ser técnico ou político. Estes apresentam poucos conflitos em relação ao ordenamento dos objetivos, embora possam aparecer conflitos em relação aos métodos; aqueles apresentam conflitos relevantes, tanto no estabelecimento, como no ordenamento de objetivos, sendo possível que os beneficiados e os não contemplados sejam identificáveis mesmo antes da implementação da política pública (BOZEMAN E PANDEY, 2004).

O embasamento teórico desses autores está no reconhecimento de que todas as políticas públicas contêm aspectos técnicos e políticos simultaneamente, podendo prevalecer em algumas delas um determinado tipo de conteúdo. A esse exemplo pode-se citar as ações de gestão financeira (métodos orçamentários, métodos contábeis) e da informação (inovações em *e-government*). Políticas públicas de conteúdo eminentemente político são todas as políticas redistributivas (na tipologia de Lowi) ou as políticas de grupo de interesse (na tipologia de Wilson), nos quais algumas categorias de atores arcam com os custos e outras recebem benefícios (SECCHI, 2012, p.23).

Cabe mencionar que os analistas de políticas públicas podem realizar análise utilizando uma das tipologias já consolidadas na literatura (aplicação dedutiva) ou então, construir seus próprios métodos (desenvolvimento indutivo). Para Teixeira, outros critérios, como o grau de intervenção (estrutural *versus* conjuntural) e de abrangência dos potenciais benefícios (universais, segmentais, fragmentados) poderiam ser usados para construção de novas ferramentas de análise do conteúdo das políticas públicas (TEIXEIRA, 2002).

Dimensão temporal – *politics* (dinâmica do processo de política pública)

O processo de elaboração de políticas públicas está amparado em um processo denominado de "ciclo de políticas públicas". Trata-se de uma demonstração, para fins didáticos, de sete principais fases (identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção) que marcam o início, desenvolvimento e extinção de uma *policy*, no tempo (SECCHI, 2012, p.33).

Como exposto acima, a utilidade da demonstração dinâmica do *policy cycle* é marcadamente didática, pois, em sua aplicação, as políticas públicas apresentam suas fases em sequências que se alternam. Cohen; March e Olsen (1972) elaboraram o "modelo da lata de lixo"³ para descrever que soluções muitas vezes nascem antes dos problemas.

Salienta-se que uma enormidade de teorias reveste cada uma das fases que compõe o "ciclo da política pública", sendo que algumas etapas, como a de controle e avaliação serão objeto de análise do subtítulo 4 deste capítulo.

Dimensão espacial – *polity* (instituições)

A dimensão espacial trata do local onde as políticas públicas acontecem. Pode ter referência à cidade, ao estado, ao país, esfera de poder (Legislativo, Executivo ou Judiciário) ou em níveis mais detalhados, como no plenário da Câmara, no plenário do Senado, ou em determinada comissão legislativa

³ A lata do lixo serve como metáfora da anarquia decisória nas organizações. Segundo os autores, as instituições produzem muitos problemas e muitas soluções para as mesmas questões, sendo que muitas delas são descartadas em uma lata de lixo de forma que os tomadores de decisões recorrem a essa lata de lixo quando necessitam combinar soluções para determinadas ações.

ou em um fórum consultivo com a participação da sociedade civil (SECCHI, 2012, p.61).

Nos estudos de políticas públicas, a dimensão espacial é traduzida como contexto institucional. As *policys* se desenvolvem em um cenário político e o conjunto das instituições⁴ é esse cenário. Tomando como base o conceito de Ferrera, as instituições são:

(...) um conjunto de práticas sociais que, com alguma persistência, moldam e constroem as interações entre indivíduos e a coletividade e são disciplinadas por organizações e regras formais (constituições, leis, regulamentos), mas sempre se apóiam sobre específicos pressupostos cognitivos e normativos (FERRERA, 1998, p.10).

Registre-se que a dinâmica de construção das políticas públicas varia substancialmente nos diferentes lugares em que ela se desenvolve (sistemas multipartidários e bipartidários). Para Klaus Frey, o neo-institucionalismo, marcado pela abordagem das ciências sociais na década de 1980, propiciou grandes contribuições para essa vertente teórica, sendo as principais: a) o comportamento dos atores não é totalmente moldado pelas instituições, mas depende do grau de consolidação do aparato institucional; b) as regras informais também são instituições, e são essenciais para entender a dinâmica política (FREY, 2000, p. 230-231).

Regras informais são os hábitos, as rotinas, as convenções, as crenças, os valores, os esquemas cognitivos. Além disso, variáveis culturais têm uma forte influência sobre como se desenvolvem as relações sociais e, por consequência, as dinâmicas políticas. Exemplos dessa afirmação está na constatação de que no Brasil se respeita pouco o limite de velocidade nas estradas, o que não ocorre, por exemplo, na Suécia; sem contar que a propensão, em nosso País, à guerra ou a conflitos internos graves é diferente no que acontece em outros países do oriente médio (SECCHI, 2012, p.62).

Em virtude do fato de o mapeamento de todas as instituições que têm potencial de influenciar determinado processo de política pública ser uma tarefa

⁴ O termo "instituição" aqui empregado refere-se ao conjunto de regras formais que, de alguma forma, condicionam o comportamento dos indivíduos. Estão compreendidas nesse conceito as regras constitucionais, os estatutos e códigos legais, regimentos internos das arenas onde as políticas são construídas. Instituições nessa acepção são: jurisdições e competências (funcionais e territoriais)

imensa - até mesmo inviável -, o que ocorre é que o analista acaba por condicionar sua influência com base nas instituições que estão à sua volta, de forma que sua contribuição é mesmo em torno de estudos comparativos, nos quais seria impossível descrever em detalhes todas as instituições formais e informais de todos os casos em análise (SECCHI, 2012, p.64).

Dimensão de atores – *policy networks* (categorias de atores)

Na literatura das ciências políticas, os atores⁵ são todos aqueles indivíduos, grupos ou organizações que desempenham um papel na arena política⁶. São várias as classificações que levam em consideração os indivíduos e instituições que têm capacidade de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo e os resultados da política pública, seja elaborando propostas, seja tomando decisões para que as intenções sejam convertidas em ações.

Doutrinadores das Ciências Políticas costumam categorizar os atores políticos de várias formas, a mais conhecida é a que compreende a seguinte dicotomia: "atores não governamentais" e "atores governamentais". Nos primeiros estão incluídos os grupos de interesses, partidos políticos, meios de comunicação, destinatários das políticas públicas, organizações do terceiro setor, organismos internacionais, comunidades epistêmicas, financiadores, especialistas, entre outros. A segunda classificação se subdivide em atores individuais, que são os políticos, os designados politicamente (funções de chefia, direção e assessoramento e cargos em comissão), os burocratas (corpo de funcionários públicos), os Juízes, etc., e atores coletivos, a exemplo do Senado Federal, Câmara dos Deputados, Presidência da República, Prefeitura Municipal, Supremo Tribunal Federal, Banco Central, etc. O fato de alguns atores aparecerem em uma mesma categoria não significa que tenham comportamento ou interesses comuns. Essa classificação serve apenas como uma síntese de traços ou padrões comportamentais. (SECCHI, 2012, p.77 - 78).

⁵ A palavra "ator" é importada das artes cênicas para as ciências políticas, porque explicita a conotação de interpretação de papéis.

⁶ A concepção de "policy arena" foi originalmente introduzida no debate científico por Lowi (1972). Ela parte do pressuposto de que as reações e expectativas das pessoas afetadas por medidas políticas têm um efeito antecipativo para o processo político de decisão e de implementação (KLAUS FREY, 2000, p.223).

Dimensão comportamental - *polícies* (participação)

O tema da participação é um dos mais recorrentes nas análises dos processos de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas. O fundamento para o diagnóstico da dimensão comportamental está na condução de determinada *policy* de acordo com a acessibilidade de pessoas ou grupos de interesse e também com base em como são compartilhadas as informações e as tomadas de decisões, ou seja, o grau de influência dos atores (governamentais e não governamentais).

O estudo de políticas públicas sob esta dimensão tem o fim de possibilitar a análise acerca de como as coisas funcionam e de que maneira deveriam funcionar. A abordagem pode ser focalizada tanto em elementos de resolução de problemas (proativo ou reativo) como também em face da relação entre os atores governamentais e os atores sociais (consensual a impositivo).

Archon Fung elaborou um esquema analítico dos tipos de participação que denominou de *democracy cube* (cubo da democracia), no qual estão sintetizados três eixos que constituem um processo mais ou menos participativo: 1º) forma de seleção dos participantes⁷ (são oito critérios que vão desde a abertura total para participação, critérios políticos e técnicos de seleção); 2º) forma de interação entre os atores no momento da tomada de decisão (são seis critérios que variam entre interação pouco intensa - ouvir - até a mais intensa que seria decidir); 3º) grau de influência que as pessoas envolvidas no processo possuem⁸ (são cinco graus de autoridade que vão deste nenhum poder de influência até o poder e responsabilidade por decisão) (FUNG, 2006, *apud* SECCHI, 2012, p.110-111).

A partir dos estudos de dimensão comportamental são criados métodos de tomada de decisão, de avaliação, de coordenação de ações e de resolução de conflitos, cristalizando os chamados estilos de política pública - de direção, de atuação política e de liderança. Esses parâmetros serão utilizados para

⁷ O orçamento participativo é um exemplo de ampliação da participação no eixo de acessibilidade.

⁸ De acordo com a Lei Complementar nº 141/2012 os órgãos gestores de saúde (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deverão dar ampla divulgação para consulta e apreciação dos cidadãos da avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS, sendo assegurado incentivo à participação popular durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.

se definir, por exemplo, o nível de participação ideal em uma determinada ação governamental (SECCHI, 2012, p.107-108).

Importância da concepção de políticas públicas como área do saber

Vislumbra-se que, sob o paradigma doutrinário e científico, a política pública é uma disciplina que compreende uma análise global sobre fenômenos relativos à dimensões de conteúdo, de tempo, de espaço, de atores e de comportamento que busca analisar a atividade governamental (ou privada com fins públicos) e, quando necessário, propor mudanças no curso dessas ações.

Celine Souza, ao analisar esse campo de conhecimento, faz a seguinte afirmação:

Se admitirmos que a política pública é um campo holístico, isto é, uma área que situa diversas unidades em totalidades organizadas isso tem duas implicações. A primeira é que (...) a área torna-se território de várias disciplinas, teorias e modelos analíticos (...) embora seja um ramo da ciência política, a ela não se resume, podendo ser objeto analítico de outras áreas do conhecimento (...) A segunda é que o caráter holístico da área não significa que ela careça de coerência teórica e metodológica, mas sim que ela comporta "vários olhares" (SOUZA, 2006, p.26).

Diante desse ensinamento, passamos a compreender porque um mero conceito do termo "políticas públicas" não é suficiente para o estabelecimento de uma ideia precisa sobre a abrangência de reflexões que envolvem essa disciplina, haja vista que, conforme o paradigma de abordagem, o pesquisador terá respostas diferentes para um mesmo tipo de pergunta.

Como exemplo, citamos algumas: a) Políticas públicas são elaboradas exclusivamente por atores estatais ou também por atores não estatais?; b) Políticas públicas também se referem à omissão, ou à negligência?; c) Apenas as diretrizes estruturantes são políticas públicas ou as diretrizes operacionais também podem estar incluídas nesse contexto? d) Qual deve ser a abrangência da atuação dos magistrados no campo das políticas públicas? e) O Poder Judiciário somente intervém ou também controla as ações de governo baseadas nos fins do Estado? f) A intervenção ou controle por parte dos magistrado recai somente na fase de execução ou também na etapa de planejamento da atividade governamental?

No entanto, cumpre ao operador do direito (advogados, promotores de justiça, magistrados) conhecer o arcabouço teórico sedimentado nessa área do conhecimento para, com base no paradigma da Constituição, compreender as implicações que a adoção de determinado posicionamento ocasionará na resolução de questões como essas. Importa dizer que, seja qual for a perspectiva adotada para análise do conteúdo do termo "políticas públicas" (multicêntrica ou estadista⁹), concordamos com a afirmação de Leonardo Secchi (2012, p.2) de que "qualquer definição de política pública é arbitrária".

Mesmo do ponto de vista do Direito, que tem na Constituição da República Federativa do Brasil, o seu fundamento maior (e principal) não há como definir política pública. O texto constitucional, assim como a teoria advinda da Ciência Política e disciplinas afins, também nos remete a vários conceitos para o mesmo termo.

A seguir, faremos uma análise de como a Constituição Cidadã trata do tema. Essa apreciação é de suma importância, pois a principal ferramenta do operador do direito é a norma constitucional, com seus princípios, objetivos, diretrizes, instrumentos e valores. Por certo que este campo do saber é vasto e complexo, porém, a pretensão aqui é a de agregar conhecimento, sem, contudo, deixar de vislumbrar toda essa teoria por meio de lentes poderosas e de conteúdo familiar ao universo jurídico.

1.2 POLÍTICA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição, nas últimas décadas, foi colocada no ápice do ordenamento jurídico. Delegou-se a este tão importante documento a incumbência de subsidiar a concretização de direitos fundamentais¹⁰ (sociais ou individuais) por meio do que se convencionou chamar de "políticas públicas".

⁹ A abordagem estadista admite que atores não estatais até têm influência no processo de elaboração de políticas públicas, mas não confere a eles o privilégio de estabelecer e liderar um processo de política pública. Já acadêmicos da vertente multicêntrica admitem tal privilégio a atores não estatais.

¹⁰ Vladimir Brega Filho (2002), dá sua contribuição e aduz que direito fundamental "é o mínimo necessário para a existência da vida humana." Por mínimo necessário, entenda-se garantia da existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância da abordagem de políticas públicas sob o prisma constitucional é de suma importância, não somente porque a Constituição é, contemporaneamente, a principal ferramenta de análise de todo e qualquer fenômeno na órbita do direito, mas pela autoridade que este documento exerce no espaço jurídico-político.

Nesse sentido, Häberle, defende que:

(...) a constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas é a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural. Um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos (HÄBERLE, 2000, p.34).

Cumprir registrar que políticas públicas nem sempre foram ou são direcionadas para a efetivação dos direitos humanos. Vimos, no primeiro subtítulo deste capítulo, que nos Estados Unidos a formatação de planejamento e execução das ações governamentais que deram origem a esta disciplina, cujo arcabouço teórico foi exportado para o mundo, não teve, na sua origem, o objetivo de direcionar esforços para garantir direitos aos cidadãos, mas sim o de vencer uma guerra ideológica, tendo a Ciência como sua principal arma.

Por outro lado, um bom exemplo de como a política pública já foi empregada para fins escusos pode ser retirada da história. Segundo consta na Enciclopédia do Holocausto (2013), um episódio relevante e inesquecível da história mundial foi a chegada dos nazistas ao poder, fato que colocou fim à República de Weimar, uma democracia parlamentar estabelecida na Alemanha após a Primeira Guerra Mundial. Com a nomeação de Adolf Hitler como chanceler, em 30 de janeiro de 1933, a Alemanha nazista (também chamada de Terceiro *Reich*) rapidamente tornou-se um regime no qual os alemães não possuíam direitos básicos garantidos. Após um incêndio suspeito no *Reichstag*, o parlamento alemão, em 28 de fevereiro de 1933, o governo criou um decreto que suspendia os direitos civis constitucionais e declarou estado de emergência, durante o qual os decretos governamentais podiam ser executados sem aprovação parlamentar.

Portanto, a afirmação de direitos (sociais e individuais) não decorre simplesmente da existência de políticas públicas. É preciso que as ações governamentais estejam conformadas e concretizadas dentro de um Estado

Constitucional Democrático de Direito. Ao tratar dessa temática, Pietro de Jesús Lora Alarcon ensina que,

De toda maneira, a caracterização do Estado de Direito, adjetivado como democrático ou democrático-social, implica reconhecer seu núcleo essencial. A tarefa não é fácil porque é preciso buscar referências nas circunstâncias históricas que originaram seu surgimento e sucessivas transformações, e logo ainda verificar sua concretização atual (ALARCON, 2011, p.87).

Por conseguinte, José Joaquim Gomes Canotilho, ao abordar o princípio do Estado de Direito inserido na Constituição Portuguesa de 1976, expressa que este é fundamentalmente um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema de conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado, sendo conformado em um Estado Constitucional, informado pelas ideias de justiça, vinculação do legislador e dos atos do Estado à Constituição, separação de poderes e um sistema de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2008a, p. 243-254).

Não se pode olvidar, no entanto, que, contemporaneamente, há uma certa tensão entre constitucionalismo e democracia. A doutrina tem manifestado preocupações de duas ordens opostas: de um lado, o temor dos constitucionalistas de que os ordenamentos jurídicos constitucionalizados sejam contaminados por um excesso de democratização, o qual permitiria que um excessivo número de matérias estivesse sujeita à livre deliberação democrática. De outro, uma forte resistência no sentido de evitar que o constitucionalismo restrinja de forma demasiada o âmbito de disposição democrática. Tais ideias, se considerada a contundência das críticas que se apresentam de ambos os lados, fazem crer que é impossível sua conciliação a partir de um conceito de democracia constitucional (MÖLLER, 2011, p.137).

O maior ponto de conflito entre o processo democrático e o constitucionalismo está na atividade de controle dos atos legislativos e do próprio Executivo, por parte do Judiciário. Fenômeno decorrente, em muitos casos, da atribuição de sentido a termos jurídicos abertos, ou mesmo pela interferência dos magistrados em questões, concebidas, até então, como eminentemente políticas - o chamado "ativismo judicial" - produto da transição do modelo de Estado legislativo para um Estado constitucional. Esse assunto será retomado, com mais profundidade, no segundo capítulo.

Afora essas questões de conflito entre processo democrático e constitucionalismo, cabe observar o ensinamento de Gonçalves Couto e Bastos Arantes sobre os elementos que distinguem o regime democrático dos não democráticos:

- 1 - o jogo político dá-se de acordo com regras preestabelecidas;
 - 2 - as eleições são periódicas e ocorrem por meio de sufrágio universal;
 - 3 - os mandatos dos eleitos são limitados tanto temporalmente como no que diz respeito ao alcance de suas decisões e ações;
 - 4 - a vontade majoritária da população prevalece nos limites das regras preestabelecidas;
 - 5 - a oposição é participante legítima do jogo e deve ter condições de chegar ao poder pelo voto popular;
 - 6 - os governantes são responsáveis perante o eleitorado;
 - 7 - os direitos civis clássicos são garantidos.
- (GONÇALVES COUTO E BASTOS ARANTES 2002, p. 6)

Fixados os termos consensuais dessa estrutura constitucional e democrática básica, impende observar que, não por acaso, a Constituição da República Federativa do Brasil foi apelidada de Constituição Cidadã, tendo em vista sua ligação indissociável à cidadania, o fundamento do Estado Democrático (art. 1º, inciso II). De modo geral, a prática democrática está conectada ao exercício do sufrágio universal e ao seu instrumento, o voto direto, secreto, periódico e com valor igual para todos (arts. 14, *caput* e 60, parágrafo 4º, inciso II), bem como ao princípio do pluralismo político (art. 1º, V) à liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos (art. 17, *caput*) e a democracia direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular).

Mas não é somente isso, também estão presentes no Texto Magno os instrumentos que garantem a efetividade democrática por meio do direito à informação e o direito à petição (art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV), sem contar o mecanismo de proteção do próprio regime democrático mediante a intervenção federal, estabelecida no art. 37, inciso VII, alínea "a" da Constituição da República.

No que concerne a participação do cidadão no planejamento de políticas públicas, tem-se a previsão dos seguintes dispositivos: art. 29, inciso XII; art. 187; art. 194, parágrafo único, inciso VII; art. 206, inciso VI; art. 215, parágrafo

3º, inciso IV, os quais asseguram, respectivamente, uma maior participação no planejamento municipal e na execução da política agrícola, na seguridade social, na gestão da educação, no acesso aos bens culturais, sem contar a outorga de maior visibilidade aos setores que participam do processo civilizatório nacional - arts. 215, parágrafo 1º; 231 e 232, mas que não raro são marginalizados na hora de tomar decisões (ALARCON, 2011, p.140).

Cabe, ainda, mencionar a natureza fiscalizatória delegada ao cidadão, por meio da ação popular, prevista no art. 5º, inciso LXXIII, que vincula a capacidade processual à capacidade político-eleitoral. Uma ferramenta útil e eficaz para processamento e punição de responsáveis por irregularidades verificadas na Administração Pública.

Apesar de todo esse arcabouço de instrumentos democráticos que garantem ao cidadão uma atuação ativa em termos de políticas públicas, Habermas defende que:

O fortalecimento da cidadania ativa se dá com a conquista de canais de comunicação, que veiculam o poder democrático do centro para a periferia. Deste modo, o papel da constituição é o de assegurar a existência desses canais ou procedimentos de ação comunicativa dos cidadãos, para que os mesmos criem seu próprio direito, uma vez que a lei não pode ser vista como a vontade direta do povo. A constituição não deve expressar conteúdos substantivos, mas apenas instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática - democracia deliberativa (HABERMAS, 1997, p.9 e ss.).

A corrente substancialista, por seu turno, defende que o Estado constitucional exige uma redefinição do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal de justiça substancial. Dessa forma, a judicialização das políticas públicas tem seu fundamento na supremacia da Constituição (DWORKIN, 2002).

Ao se adotar a perspectiva constitucionalista, chega-se a conclusão que os limites jurídicos para a execução de políticas públicas de Estado e de governo estão todos na Constituição. Essa regra vale para o Executivo, para o Legislativo e Judiciário, dentro de suas funções, o que, no modelo constitucional, é conhecido como competência. Sobre essa afirmação, Max Möller acrescenta que,

(...) tendo em vista que muitas das competências políticas e jurídicas previstas na constituição são divididas entre todos os poderes; não há tantos espaços para decisões absolutas, havendo em muitos casos um processo dialético entre os poderes para a atribuição de sentido a termos constitucionais de sentido aberto. Nesse caso, a decisão democrática atuará como importante fonte do direito, porquanto seu produto, a lei, continua a ser fonte indispensável do direito. Todavia, não é mais considerado como dependente da lei, existindo mesmo sua ausência. Em razão dessa dialética entre os poderes, será possível inclusive invalidar uma lei. É com base nisso, por exemplo, que é possível a limitação de algumas decisões das "maiorias" (diga-se, parlamento) através do controle de constitucionalidade, o que representa, de alguma forma, a inversão da lógica entre lei e direitos se comparado ao modelo de Estado legislativo (MÖLLER, 2011, p.197).

Esse processo de limitação da vontade da maioria pelos direitos - mormente os direitos fundamentais - é, em muitos casos, conhecida como democracia substancial - ou melhor dizendo, conceito de democracia a um procedimento formal de tomada de decisões determinadas constitucionalmente -, exatamente porque possibilita a atribuição de conteúdos em que o processo democrático de tomada de decisões políticas deve atuar e outros onde pode deliberar, sempre limitado pelos direitos (ANSUASTEGUI ROIG, 2005, *apud* MÖLLER, 2011, p.197).

Afora as digressões das correntes filosóficas supracitadas, cabe mencionar que, do ponto de vista institucional, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, organiza seus elementos essenciais a partir de uma dicotomia que se estabelece entre Estado e governo, de forma que cabe àquele a fixação de diretrizes de planejamento e execução de políticas públicas; e a este, o cumprimento dos desígnios estatais para cumprimento dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em termos gerais, Valter Foleto Santin ensina que:

(...) As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 34-35).

Importa lembrar que o modelo de Constituição atual, em relação à sua estrutura jurídica, concreta e axiológica estabeleceu metas, diretrizes ou princípios vinculados abertamente a valores e a opções políticas gerais por meio das suas espécies jurídico-normativas (FERRAJOLI, 2003, p.14). A partir de então, percebe-se que o principal fundamento das políticas públicas tornou-se, a rigor, patamar para a concretização de direitos sociais, enquanto direitos constitucionalmente positivados, cuja nota distintiva é o fato de que sua concretização se dá por meio de prestações positivas do Estado (SANTOS, 2006, p.76-77).

No que é atinente a dicotomia anteriormente mencionada, surge o seguinte questionamento: Como identificar se uma política pública é de Estado ou de Governo? Eis a resposta:

Trata-se de uma abordagem que foca os objetivos que se buscam com determinadas políticas públicas. Quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado. (...) Uma política é de Estado quando voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos humanos. Quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos (...) pode-se falar em política de governo. (...) Exemplificando, políticas que visem a consolidação do Estado Democrático de Direito, tais como as políticas de organização estrutural dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), são políticas que devem ser consideradas políticas de Estado (...) Isso porque uma política voltada, por exemplo, a instituir no âmbito das estruturas do Poder Executivo uma carreira de fiscalização de vigilância sanitária, possui uma característica de essencialidade que não permite que a mesma seja considerada uma simples política de governo (...) pois não é dado aos governos o direito de supressão pura e simples, sem que isso signifique um grave perigo à ordem pública. (...) Outro exemplo de política de organização estrutural de serviços públicos essenciais é a política de estruturação do Sistema Único de Saúde (...) Já as políticas de governo podem ser políticas pontuais, voltadas à promoção e proteção dos direitos humanos, dotadas de uma maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos. (...) Exemplificando, uma política que busque implementar um Programa de Saúde da Família é uma política de governo (...) Isto porque este programa utiliza-se da rede de funcionários e profissionais de saúde já existentes para ser desenvolvido. (AITH, 2006, p. 235-236).

Em síntese, para configurar uma política como de Estado ou de governo, os seguintes fatores devem ser observados: a) objetivos da política pública; b) a forma de elaboração, planejamento e execução dessa política pública; e por fim, c) a forma de financiamento da política pública.

Registre-se, que com a reforma do Estado, o processo de execução das políticas públicas não está mais concentrado no governo constituído, sendo reclamado por múltiplos setores¹¹ e assumindo também múltiplas conotações (BRESSER PEREIRA, 1999). As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público são exemplos de qualificações atribuídas às entidades que desenvolvem papel preponderante na consecução dos objetivos traçados na Constituição da República.

Outro fator que auxilia na diferenciação entre política de Estado e de governo é o de quem pode promover a sua elaboração, planejamento e execução. Em geral, as políticas públicas de Estado devem, exclusivamente, ser realizadas pelo governo, não sendo passíveis de delegação ou terceirização, nem tampouco de quebra de continuidade. Já as políticas de governo podem vir a ser delegadas ou terceirizadas, bem como podem até sofrer queda de continuidade. (AITH, 2006, p.237).

Percebe-se, portanto, que sob essa ótica dicotômica de diferenciação entre política de Estado e a governamental, no plano constitucional brasileiro, a continuidade é fator preponderante e característica da primeira. Deste modo, conclui-se que a política pública estatal, além de estar ligada aos objetivos buscados pela Nação brasileira (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, art. 3º), também se dirige para as finalidades essenciais do País, ligadas, por exemplo, à sua organização (política e social), estrutura e desenvolvimento, à consolidação do próprio regime jurídico (Estado Democrático de Direito), e à política de organização estrutural dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Noutro turno, as políticas de governo se caracterizam pela pontualidade, pela promoção e proteção dos direitos humanos, pela flexibilização e por uma maior especificidade em seus objetivos, notadamente ligados ao aumento da eficiência e da efetividade das ações de promoção e proteção de direitos, por meio da estrutura estatal já existente, utilizando-se dos mecanismos democráticos já estabelecidos. Nessa perspectiva estão as políticas setoriais (agricultura, meio

¹¹ Sobre políticas realizadas pelo terceiro setor, consultar capítulo da obra de nossa autoria denominado "Terceiro Setor, solução para um Estado engessado?" publicado no livro: "Terceiro Setor, ONGs - questões críticas", organizado pelos professores Ilton Garcia da Costa e Paulo Henrique de Souza Freitas. São Paulo: Verbatim, 2012.

ambiente, previdência social), os programas (farmácia popular, saúde da família - PSF , distribuição de livros, entre outros) e, também as normas infraconstitucionais (decretos, resoluções, leis, portarias, provimentos, etc.) utilizadas para regulação de disposições mínimas para que a atividade governamental possa alcançar os fins traçados pela Constituição.

Pode-se concluir que políticas públicas, no plano constitucional - e sob paradigma constitucionalista -, podem ser contextualizadas por meio de uma divisão de conceitos (política de Estado e de governo), mas, principalmente, pela concepção de equilíbrio entre os poderes constituídos, o que consubstancia-se em uma relação de submissão ao direito, sem que isso signifique um condicionamento restrito à lei, mas sim à própria Constituição da República do Brasil.

Portanto, quando se fala em controle de políticas públicas, tem-se que tal atividade - de controlar - está diretamente ligada ao eixo estatal e, portanto, intimamente ligado ao contexto de Constituição (orgânico, de objetivos, de institutos). Quando, porém, a relação é de atuação em face de políticas públicas governamentais, o que se tem é apenas uma mera intervenção, haja vista que o plano de incidência, neste caso, recai sobre normas infraconstitucionais de alcance somente *inter partes*.

Diante dessa constatação, pode-se chegar a outra conclusão: de que a única forma de controle exercido por parte de Judiciário é aquele oriundo de decisões decorrentes de ações de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes*; as demais decisões de efeito *inter partes*, embora tomadas com base na Constituição, não são hábeis para direcionar o contexto de políticas públicas de Estado, salvo se sedimentadas por uma decisão de efeitos concretos e abrangentes para toda a Nação.

Veremos, no segundo capítulo, como essas inferências fundamentam a nossa tese, de que o Poder Judiciário pode controlar, com base na aplicação constitucional, a política pública, tanto na fase de elaboração, quanto na etapa de execução. A seguir, trataremos dos principais instrumentos constitucionais a cargo do Executivo, para a realização de políticas públicas governamentais.

Antes, porém, torna-se necessário uma análise sobre os instrumentos de planejamento de políticas públicas que estão à disposição do Poder Executivo. São ferramentas que vão além do simples fato de organizar a gestão governamental, atuam como veículo para fiscalização da correta aplicação de recursos, sejam eles humanos, financeiros ou de produtos e serviços.

1.3 INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O planejamento pode ser entendido como o exercício de escolha consciente de ações que aumentem as chances de obter um resultado específico. É uma atividade dinâmica que se opõe ao improviso total, buscando orientar as decisões a partir das informações disponíveis. O planejamento governamental acrescenta ao conceito as características da esfera pública, tornando a atividade ainda mais complexa. Para realizá-la, é preciso conhecimento aprofundado sobre as razões do estágio de desenvolvimento nacional, as formas de operação do Estado e as circunstâncias e possibilidades políticas de atuação (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 2012).

Os principais instrumentos de planejamento financeiro do Poder Executivo previstos na Constituição da República são o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. A seguir passaremos à análise sobre os pontos fundamentais de cada uma dessas ferramentas.

Plano Plurianual

O PPA é um instrumento previsto no artigo 165 da Constituição. É destinado a organizar e viabilizar a ação pública, com vistas a cumprir os fundamentos e os objetivos da República. Por meio dele, é declarado o conjunto das políticas públicas do governo para um período de 4 anos e os caminhos trilhados para viabilizar as metas previstas.

Em linhas gerais, o PPA define as políticas públicas do governo (federal, estadual e municipal) com base nos compromissos firmados na eleição. De forma específica, cabe a este instrumento as seguintes funções: a) permitir à sociedade o acompanhamento da realização das propostas feitas na campanha

eleitoral; b) servir ao governo como meio de declaração e organização de sua atuação.

Importante salientar que o planejamento governamental é uma função indicativa por conta da complexidade inerente ao ambiente e a velocidade das transformações nas condições sob as quais as políticas são formuladas e implementadas. Logo, as declarações constantes do PPA são referências para a atuação governamental, mas não possuem caráter impositivo. Dito de outra forma, o planejamento é dinâmico e deve ser ajustado de acordo com a necessidade.

A proposta de Plano Plurianual deve ser elaborada¹² pelo Executivo durante o primeiro ano de mandato e, após a aprovação pelo Poder Legislativo (Congresso, Assembléias Legislativas, Câmara do Legislativo do Distrito Federal ou Câmaras Municipais) é encaminhado para a sanção do chefe do Poder Executivo, e somente a partir de então estará apto para orientar a ação de governo.

O PPA apresenta uma parte dos recursos financeiros orçamentários (esferas “Fiscal e Seguridade Social” e “Investimentos das Estatais”) arrecadados pelo Governo, mas também faz uso de recursos que não estão no orçamento, valores que podem ser originários de agências oficiais de crédito (exemplos: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, etc.), de fundos administrados pelo Governo (ex: FAT - fundo de Amparo ao Trabalhador), de incentivos ou renúncias fiscais, de parcerias com o setor privado, entre outras possibilidades. Diferentemente da Lei Orçamentária Anual (LOA), o PPA não apresenta os Programas classificados como Operação Especial. Atualmente, a peça orçamentária de cada exercício anual permite visualizar o tipo de recurso que está financiando determinada ação orçamentária.

Outra observação importante é que o PPA é um planejamento para quatro anos¹³, que tem início no segundo ano de governo e se estende até o primeiro ano do governo seguinte, de forma que, em tese, não haja interrupção de

¹² Normalmente o projeto do PPA é montado com base na estrutura e definições do plano em vigor.

¹³ O projeto do PPA é encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto do primeiro ano do mandato, e tramita junto à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), devendo ser apreciado pelo Congresso Nacional até o final da sessão legislativa (22 de dezembro). Nos Municípios a Comissão responsável pelo parecer da proposição é a Comissão de Orçamento e Fiscalização.

serviços e obras por ocasião da transição de mandatos. Além disso, sua relação com os demais instrumentos é de complementaridade, de forma que a Lei Federal nº 4.320/64 determina que qualquer mudanças no planejamento do governo deve prever a compatibilização entre o PPA, LDO e LOA.

O PPA, no plano nacional, normalmente é detalhado em basicamente 3 partes: a) Mensagem presidencial que encaminha o Plano ao Congresso Nacional; b) a Lei do Plano propriamente dita; c) e os Anexos I, II e III. A Mensagem presidencial contém a orientação estratégica do governo e a contextualização das principais políticas tratadas no plano. Os Anexos tratam dos seguintes assuntos: Anexo I – Programas Finalísticos; Anexo II – Programas de Apoio às Políticas Públicas e Áreas Especiais; e Anexo III – Órgãos Responsáveis por Programas de Governo.

Programa é o instrumento de organização da ação governamental que articula um conjunto de ações visando à concretização do objetivo nele estabelecido, sendo classificado como: a) Programa Finalístico: aquele cuja implementação permite a oferta de bens e serviços diretamente à sociedade, gerando resultados passíveis de aferição por indicadores; b) Programa de Apoio às Políticas Públicas e Áreas Especiais: aquele voltado para a oferta de serviços ao Estado, para a gestão de políticas e para o apoio administrativo (BRASIL. SÍTIO DO SENADO FEDERAL, 2012).

Ação é o instrumento de programação que contribui para atender ao objetivo de determinado programa, podendo ser de origem orçamentária ou não-orçamentária, sendo a de origem orçamentária classificada, conforme a sua natureza, em: a) Projeto: instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo; b) Atividade: instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo; c) Operação Especial: despesas que não contribuem para a manutenção, expansão ou aperfeiçoamento das ações do governo federal, das

quais não resulta um produto, e não gera contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços (BRASIL. SÍTIO DO SENADO FEDERAL, 2012).

De forma geral, pode-se dizer que o PPA é construído em uma base que envolve Programas Temáticos com os seus principais atributos (Objetivos, Iniciativas, Metas); Programas de Gestão, Manutenção e Serviços do Estado e, por fim, uma relação de empreendimentos individualizados com apontamentos sobre as iniciativas¹⁴ que deverão ser tomadas para que o alcance das metas seja alcançado.

Lei de Diretrizes Orçamentárias

A Lei de Diretrizes Orçamentárias foi introduzida pela Constituição de 1988, inspirada, em parte, nas Constituições da Alemanha e da França. Um de seus objetivos é dar natureza formal à Lei Orçamentária Anual, ou seja, funcionar como uma norma de orientação na formulação orçamentária. A matéria está regulada a partir do artigo 165, § 2º, *in verbis*:

Art. 165 (...)

§ 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. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

A Lei Federal nº 4.320/64 não previu a obrigatoriedade da elaboração desta lei orçamentária nas três esferas de governo, quais sejam: federal, estadual e municipal, sendo uma inovação constitucional que, na prática, objetiva dar oportunidade de o Poder Legislativo participar, juntamente com o Poder Executivo, da construção do Plano de Trabalho do Governo a ser concretizado, o que se dará de forma efetiva com a execução da Lei Orçamentária Anual (BUCCI, 2006, p.16).

A LDO é elaborada anualmente e deve ser votada até o fim do primeiro semestre. O Legislativo não entrará em recesso enquanto não aprová-la. A competência de iniciativa da proposição é do Poder Executivo e seu conteúdo compreende: a) metas e prioridades da Administração; b) orientação para a

¹⁴ O conteúdo total do Plano pode ser acessado diretamente no Portal do Ministério do Planejamento em <<http://www.planejamento.gov.br>>.

elaboração da proposta orçamentária ou LOA; c) equilíbrio entre receitas e despesas; d) critérios e forma e limitação de empenho; e) exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas; f) apresentação do Anexo de Metas, estabelecendo as metas anuais, em valores correntes e constantes, relativos à receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública para os três próximos exercícios, que servirá de base para as audiências públicas, conforme disposto no parágrafo 4º do artigo 9º, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000; g) avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior; h) demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos; i) demonstrar a evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos, observando o disposto no artigo 44 da Lei de Responsabilidade Fiscal; j) apresentação do Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas caso se concretizem (BOTELHO, 2009, p.237-238).

O projeto de lei da LDO deve ser encaminhado pelo Executivo ao Legislativo até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, ou seja, até 15 de abril, nos termos do artigo 35 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, condicionando a sua devolução ao Executivo para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, ou seja, até 30 de junho. Importante esclarecer que as Leis Orgânicas Municipais podem estabelecer prazos diferenciados para o envio da proposição; prevalecendo a regra geral da Constituição em caso de omissão de disposição na lei infraconstitucional.

A Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) ampliou a importância da LDO ao atribuir a ela a incumbência de disciplinar inúmeros temas específicos. Dentre eles, os Anexos de Metas Fiscais e Riscos Fiscais, sem contar o cronograma mensal de desembolso, conhecido como quadro de cotas bimestrais. Cumpre registrar que a não elaboração dessas peças de planejamento trará como resultado o desequilíbrio entre a previsão e a realização das receitas e despesas, violando todos os limites e dificultando o trabalho dos órgãos fiscalizadores.

Isso se deve porque as metas fiscais - que são unidades de medida que explicam, em termos concretos, o volume de trabalho a ser realizado e o tempo necessário para realizá-lo - permitem a mensuração e a avaliação de políticas, programas, atividades e projetos. Em outras palavras, é uma meta financeira a ser atingida pela Administração e ao mesmo tempo, um informe sobre a pretensão de arrecadação, gasto e alcance de resultados (em termos de valores) para um determinado período. Para Botelho,

(...) o estabelecimento de metas é algo que envolve todas as unidades da entidade. Mais do que nunca o planejamento será um processo do qual caberá a todos os envolvidos. As metas fiscais serão fixadas para o ente, isto é, para o Município, no caso, considerando as receitas e as despesas de cada órgão. As metas anuais são fixadas para um período de três anos, em valores correntes e incessantes. São metas que dizem respeito à provisões para receitas e despesas, resultado nominal e resultado primário e do montante da dívida pública. Cabe também à Lei de Diretrizes Orçamentárias em seu pleno direito, a anulação de projeto em que sua execução represente um grande aumento de despesa não prevista nas metas fiscais (BOTELHO, 2009, p.239).

No que concerne ao Anexo Riscos Fiscais, cabe mencionar, na lição do autor supracitado, que a aprovação dessa meta fiscal, após aprovação do Legislativo, passará a compromissar o governo. Bem por isso é que tais riscos devem ser previstos com certa margem de segurança, caso as receitas não se concretizem. Nessa linha de planejamento devem ser considerados fatores como a morosidade da justiça em determinar o resgate da dívida ativa executada, demora na aprovação das leis tributárias, isenções, anistias e descontos oferecidos por outros entes em tributos de sua competência, mas que integram a base de cálculo do valor global tributário que compõe as transferências constitucionais (BOTELHO, 2009, p.246).

Por fim, cabe informar que os anexos servirão de fontes de informação para o Sistema de Controle Interno que é o órgão fiscalizador interno do Executivo. O representante da Unidade de Controladoria Interna do Município também deve participar da elaboração desses anexos da LDO, juntamente com os representantes/servidores dos Departamentos de Contabilidade e Planejamento, haja vista que o conteúdo da proposição é híbrido (norma, estatística, cálculos, provisões contábeis, etc.)

Lei Orçamentária Anual ou Orçamento Programa

A Lei Orçamentária Anual deverá demonstrar compatibilidade com o Plano Plurianual - PPA e atender todas as exigências estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO. Segundo Botelho (2009, p. 247) "A articulação entre os três planos orçamentários é regra essencial da boa conduta da Administração Municipal".

A elaboração da proposta orçamentária ou Lei Orçamentária Anual (LOA), inicia-se após a sanção da LDO. O prazo para envio ao Poder Legislativo é de até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e deverá ser devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa. Portanto, se a Lei Orgânica não dispuser de outra data, a proposta orçamentária deverá ser protocolada na Câmara Municipal até 30 de agosto de cada ano.

A LOA deve obedecer rigorosamente a estrutura organizacional do Município. A criação de um bom plano de contas é essencial para o sucesso da Administração. Para não correr o risco de contrair despesas que não possuam dotações orçamentárias ou valores orçamentários insuficientes, o trabalho de planejamento deve ser confiado a uma comissão especial, designada pelo Administrador, composta por profissionais que possuam vasto conhecimento de administração e contabilidade pública.

Importante ressaltar que municípios que pretendam adotar orçamento participativo (popular) devem criar previamente um regulamento para disciplinar o seu funcionamento. Essa norma deverá ser elaborada com os seguintes requisitos mínimos: a) definição da fonte e valores dos recursos que serão disponibilizados para os programas do orçamento participativo; b) formulação dos critérios de participação; c) estabelecimento de prioridades e metas; d) definição de prazos para apresentação das propostas.

Cumprir registrar, ainda, que a Constituição da República, a Lei Federal nº 4.320 de 17 de março de 1964 (arts. 2º, 6º e 7º) e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, estabeleceram seis princípios orçamentários que devem ser observados na elaboração de proposições relativas à matéria orçamento, são eles:

a) princípio da unidade - o orçamento é uno e deve englobar todas as receitas e despesas; b) princípio da universalidade - o orçamento deve contemplar previsão fiscal da administração direta e indireta, seus fundos, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como o orçamento de investimento das empresas em que o ente federado detém, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as unidades e órgãos vinculados da Administração direta e indireta, fundos e fundações instituídos ou mantidos pelo Poder Público; c) princípio da anualidade - a LOA possui vigência limitada a um período anual. No Brasil, este tempo coincide com o ano civil que inicia-se em 1º de janeiro e encerra-se no dia 31 de dezembro de cada ano; d) princípio da unidade orçamentária - estabelece que todas as receitas e despesas devem estar contidas em uma só lei orçamentária (art. 6º da Lei Federal nº 4.320/64); e) princípio da exclusividade - O parágrafo 8º do artigo 165 da Constituição dispõe que a LOA não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa com exceção da autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, podendo também estar previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO; f) princípio do equilíbrio financeiro - o equilíbrio financeiro se resume na igualdade entre receitas e despesas ou método das partidas dobradas da contabilidade em que para todo débito deve existir um crédito de igual valor (BOTELHO, 2009, p.249-250)

Quanto ao conteúdo, a LOA é composta de documentos, demonstrativos e anexos que demonstram o desdobramento da receita e da despesa. De acordo com o autor supracitado, os anexos da LOA são:

a) mensagem acompanhada de demonstrações da situação econômica financeira, dívida fundada e flutuante, saldos dos créditos especiais, restos a pagar e outros compromissos financeiros exigíveis; b) justificativa da política econômico-financeira do governo; c) justificativa da receita e da despesa, particularmente no tocante ao orçamento de capital, com descrição sucinta dos principais projetos; d) projeto de lei da Proposta Orçamentária; e) sumário geral da receita por fontes e da despesa por função de governo; f) demonstrativo da receita e da despesa, segundo as categorias econômicas; g) demonstrativo das receitas por fontes e respectiva legislação; h) quadro das dotações por órgãos de governo e por Poder, no caso de a proposta ser da União; i) demonstrativo da receita e planos de aplicação dos fundos especiais; j) demonstrativos da despesa na forma dos anexos 6 a 9 da Lei Federal nº 4.320/64; k) demonstrativo do programa anual de trabalho do governo, em termos de realização de obras e de prestação de serviços; l) comparativo da receita arrecadada nos três últimos exercícios anteriores àquele em que se elaborou a proposta; m) demonstrativo da receita estimada e realizada no exercício imediatamente anterior; n) demonstrativo da despesa autorizada e realizada no exercício imediatamente anterior; o) demonstrativo da receita estimada para o exercício em que se elabora a proposta; p) descrição sucinta de cada unidade administrativa de acordo com a estrutura organizacional do município; q) demonstrativo do efeito sobre as receitas e despesas decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia; r) demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do Anexo de Metas Fiscais da LDO; s) demonstrativo de medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado; t) demonstrativo de medidas de compensação à renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado; u) reserva de contingência em montante definidos na LDO, com base na receita corrente líquida. (BOTELHO, 2009, p. 250-251).

A critério da Administração, outras tabelas explicativas poderão ser acrescentadas, o que, além de facilitar a análise, demonstra maior transparência às informações prestadas, tais como: demonstrativo de aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino, recursos de aplicação em fundos, cálculo da receita corrente líquida, demonstrativo da receita com pessoal, entre outros.

As dotações orçamentárias da receita prevista deverão ser desdobradas em metas bimestrais de arrecadação. Este trabalho é de responsabilidade do setor fazendário do município. Concluído este levantamento, é necessário definir qual a participação de cada poder no "bolo" orçamentário, em seguida, a participação de cada unidade administrativa no montante do valor orçado para cada poder.

Além disso, é necessário um levantamento minucioso na evolução da receita até definir o montante da receita que será estimada pela LOA. É tarefa fundamental para evitar super-estimativa da receita.

A programação financeira e o cronograma de desembolso são as formas de controle mais eficazes na administração municipal. É garantia de equilíbrio financeiro e atendimento às exigências da Lei Complementar nº 101/2000, o que permite uma avaliação mensal das cotas definidas e publicadas, conforme determina o artigo 8º deste diploma legal. O valor constante do quadro de cotas deverá levar em consideração as despesas fixas (pessoal, combustíveis, assessoria, energia elétrica, repasse ao Legislativo) e as despesas que devem ser realizadas em consequência de licitações de obras e serviços, obedecendo ao cronograma proposto no orçamento com participação popular e outras despesas que não se conformam com o decurso linear do tempo (BOTELHO, 2009, p. 255).

Verifica-se que as leis orçamentárias, apesar do nome, não são constituídas apenas de normas, mas de demonstrativos contábeis, estatísticos, indicadores financeiros e econômicos, cujo escopo é a formulação de um planejamento mínimo para a Administração Direta direcionar recursos (financeiros, de pessoal, de produtos) para a concretização dos objetivos estabelecidos na Constituição da República. Pode-se dizer que o planejamento público é instrumento fundamental para a concretização de políticas públicas, sendo ambos, formulados por conceitos e ferramentas multidisciplinares.

Apesar de todas essas ferramentas de gestão de recursos orientadas pela Constituição, o sistema de planejamento público no Brasil ainda é deficitário. Já manifestei-me em outra oportunidade, nos seguintes termos:

[No Brasil] O planejamento de longo prazo não existe, porque o enfoque é sempre o controle e a fiscalização, não o alcance de resultados. Além disso, não há objetivos claros para serem buscados pelas equipes técnicas e as decisões atuam mais no plano da política do que da técnica. Um Estado como o nosso, com gritantes diferenças sociais, com metas constitucionais pesadas e com uma vasta burocracia precisa tomar consciência de que o planejamento de longo prazo é fundamental para que o ritmo dos serviços públicos e demais ações estatais sejam compatíveis com a agilidade e eficiência das atividades desenvolvidas na esfera privada, cuja liberdade de atuação é muito maior. Mecanismos para que isso ocorra precisam ser viabilizados por meio do direito, ou seja, do respeito ao princípio da legalidade aliado ao princípio da eficiência. (ILKIU, 2012, p. 752 a 775)

Essa crítica se deve ao fato de que no Brasil, ainda não há um mecanismo de planejamento de longo prazo que leve em consideração uma perspectiva de crescimento que extrapole o período de mandato governamental.

Uma tentativa de superação desse modelo atual de planejamento está sendo implementada pelo Governo Federal com o programa denominado de "Brasil 22". Trata-se de uma iniciativa do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que contou com a participação do Ministro de Assuntos Estratégicos da época, Samuel Pinheiro Guimarães, quando este assumiu o cargo em outubro de 2009.

De acordo com o sítio da Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal, a pretensão é construir uma nova arquitetura institucional do gasto público, modernizar o funcionamento da administração pública, desenvolver estratégias de utilização do poder de compra e financiamento do Estado, aperfeiçoar o arranjo federativo para a implementação de políticas públicas, garantir gestão eficaz e eficiente dos recursos humanos federais e instituir o Sistema Nacional de Patrimônio Público (BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 2012).

Para a elaboração do Plano "Brasil 2022" foram criados 37 grupos de trabalho formados por técnicos da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), representantes de todos os Ministérios, da Casa Civil e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Os Grupos de Trabalho, a partir dos planos e programas de cada Ministério, elaboraram textos preparatórios, um para cada

Ministério agrupados nos setores Economia, Sociedade, Infraestrutura e Estado. Cada texto tem a seguinte estrutura: a) importância estratégica da área; b) principais avanços recentes; c) metas e ações. Esse arranjo foi implementado com numerosas sugestões, comentários e críticas relativos aos textos em um processo já encerrado de consulta (BRASIL. "BRASIL 22", SÍTIO DO MINISTÉRIO DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 2012).

Cumpre esclarecer que esta é uma tentativa ainda tímida do que se pode chamar de planejamento, haja vista que o que existe, de fato, é o estabelecimento de metas sem indicação de como elas serão atingidas¹⁵. As ações para o alcance dos objetivos são gerais e abstratas. Assim, parece que a pretensão é mesmo a de incorporar essas "metas-expectativas", de forma gradativa, quando da elaboração das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) para os próximos anos.

Seja como for, o fato é que essa é uma iniciativa salutar para que o planejamento seja repensado na Administração Pública com o apoio dos vários setores estratégicos que compõe o Governo, de forma que a busca pela implementação das metas seja buscada de forma colaborativa pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta.

A seguir, passaremos a analisar uma fase fundamental para a implementação de ações governamentais: o controle e o monitoramento de políticas públicas.

1.4 CONTROLE ADMINISTRATIVO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A gestão contemporânea no setor público está se voltando para o planejamento, execução e exame dos programas, projetos e ações, com vistas a melhorar o desempenho e atender as reais demandas da sociedade. No que concerne ao controle administrativo, tem-se que as ferramentas básicas são: a avaliação e o monitoramento como ferramentas de gestão e a atividade de controle interno como instrumento de fiscalização.

¹⁵ O sítio do programa "Brasil 22", cujo nome faz alusão ao bicentenário da independência de nosso país, está na página da Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal. Disponível em < <http://www.sae.gov.br/site/?p=4632>>. Acesso em: 07 de jan. de 2013.

A doutrina concebe a avaliação de políticas públicas como “um processo sistemático de análise de uma atividade, fatos ou coisas que permite compreender, de forma contextualizada, todas as suas dimensões e implicações, com vistas a estimular seu aperfeiçoamento” (BELLONI; MAGALHÃES; SOUSA, 2003, p.15).

Para Aguilar; Ander-Egg avaliação é:

(...) uma forma de pesquisa social aplicada, sistemática, planejada e dirigida; destina-se a identificar, obter e proporcionar de maneira válida e confiável, dados e informações suficientes e relevantes para apoiar um juízo sobre o mérito e o valor dos diferentes componentes de um programa (tanto na fase de diagnóstico, programação e execução) ou de um conjunto de atividades específicas que se realizam, foram realizadas ou se realizarão, com o propósito de produzir efeitos e resultados concretos; comprovando a extensão e o grau em que se deram estas conquistas, de tal forma que sirva de base ou para uma tomada de decisão racional e inteligente entre cursos de ação, ou para solucionar problemas e promover o conhecimento e a compreensão dos fatores associados ao êxito ou fracasso de seus resultados (AGUILAR; ANDER-EGG, 1994, p. 31-32).

Nessa perspectiva, a avaliação de política pública é um instrumento de aperfeiçoamento da gestão do Estado que visa ao desenvolvimento das ações eficientes e eficazes em face da necessidade da população. Portanto, o conceito de avaliação de política pública para este trabalho refere-se à análise de processos e de produtos ou resultados de uma atividade, compreendida nas políticas públicas. Não se trata apenas do exame comparativo entre o proposto e o alcançado, pois essa metodologia que aprecia apenas o grau de consecução de objetivos e metas pré-definidos é considerada insuficiente, pois não possibilita a contextualização da política pública, seja de sua formulação e implementação, seja de suas conseqüências e implicações.

A despeito do conceito de avaliação, cumpre frisar que existem inúmeras formas de avaliação e que estas podem ser agrupadas em diferentes conjuntos, considerando óticas ou critérios distintos: de acordo com a concepção adotada e os objetivos visados; segundo o momento em que se realiza, contemplando elementos históricos condicionantes do objeto avaliado; e quanto ao tipo ou procedência dos sujeitos políticos. Essa diferenciação ajuda a compreender o enfoque adotado e a explicitar os limites de abrangência envolvidos, seja nas concepções apresentadas na literatura, seja nos processos avaliativos efetivamente implementados.

O Banco Mundial elenca algumas ferramentas, métodos e abordagens sobre os aspectos gerais do chamado "M&A" (Monitoramento e Avaliação):

- Indicadores de desempenho (cumprimento de metas);
- A abordagem do enquadramento lógico (monitorar desempenho);
- Avaliação baseada na teoria (foco nos fatores determinantes do sucesso ou de falhas na implementação de ações governamentais);
- Levantamentos formais (baseados em levantamentos de amostragem e comparação de produtos e serviços);
- Métodos de avaliação rápidos (baseados em alterações nos quadros socioeconômicos);
- Métodos participativos (atuam com base nas informações fornecidas pelos interessados);
- Levantamento para detectar as despesas públicas (utilizados para se definir como os fundos ou recursos atingem, de fato, os grupos-alvo);
- Análise de custo-benefício e de eficácia em função do custo (avalia se os custos são justificados pelos resultados e impactos produzidos);
- Avaliação de Impacto (avaliação sistemática dos efeitos positivos e negativos, intencionais ou não de uma determinada atividade, programa ou projeto)

(BRASIL. CADERNOS INTERLEGIS DE MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2012);

Cumpre esclarecer que esta listagem não é exaustiva, sendo que algumas das ferramentas são complementares e outras funcionam como substitutas e a escolha de um instrumento adequado de avaliação vai depender de uma série de considerações, como, por exemplo, fins a que se destina, urgência e custo das informações.

A avaliação de uma política pública ocorre sempre depois da implementação da ação governamental e é orientada ao aprimoramento de uma determinada política pública. A análise envolve dois elementos: apreciação quantitativa e a qualitativa.

A análise quantitativa é comumente obtida por meio de tabelas, quadros, gráficos e ainda outros instrumentos de informações numéricas de fenômenos ou fatos. Tem a finalidade de identificar a ocorrência num determinado

tempo, espaço e frequência daquilo que se está avaliando (BELLONI, MAGALHÃES; SOUSA, 2003).

A análise qualitativa vincula-se, principalmente, a observação direta e análise documental. O método qualitativo oferece uma compreensão profunda de certos fenômenos sociais e sustenta-se no "pressuposto da maior relevância do aspecto subjetivo da ação (...) Os métodos qualitativos enfatizam as especificidades de um fenômeno em termos de suas origens e de sua razão de ser"(HAGUETTE, 1987, p. 55).

A pesquisa avaliativa envolve as duas estratégias de análise supracitadas. Ela é centrada na análise da adequação e relevância de políticas e programas, com objetivos e metas pré-estabelecidos com o fim de identificar quais os fatores que influenciam positiva ou negativamente o desenvolvimento do que se deseja implementar. Esse tipo de pesquisa está diretamente relacionado com a formulação de subsídios que irão determinar a intervenção e a tomada de decisão na formulação, implementação e avaliação das políticas.

Segundo Gramsci, o processo de pesquisa avaliativa:

(...) demanda compreensão e interação entre a equipe de avaliação e o seu objeto de estudo, em suas dimensões conceitual (teórico e fim prático) e sociopolítica. São elementos essenciais para uma análise objetiva e criteriosa ao mesmo tempo que produtiva e conseqüente em suas recomendações. O sucesso do processo deriva da habilidade – fundamental, por parte os pesquisadores-avaliadores – de trabalhar de forma interativa com informações qualitativas, quantitativas de que se dispõe no contexto social e político dos interesses, nem sempre convergentes, de formuladores e beneficiários da política examinada (GRAMSCI, 1985, p.48).

Por outro lado, a ferramenta de monitoramento funciona como um processo contínuo de coleta sistemática de informações, segundo indicadores previamente definidos, com o objetivo de fornecer aos gestores e aos demais atores interessados (*stakeholders*), informações sobre os progressos de determinada ação em curso, no que diz respeito aos objetivos atingidos e aos recursos aplicados (BRASIL. SÍTIO SABERES.INTERLEGIS.GOV.BR, 2012).

Por sua vez, Rolando Franco e Ernesto Cohen utilizam a seguinte definição para monitoramento (acompanhamento):

(...) É o exame contínuo ou periódico efetuado pela administração, em todos os seus níveis hierárquicos, do modo como se está executando uma atividade. Com isso, se procura assegurar que a entrega de insumos, os calendários de trabalho, os produtos esperados se consubstanciem nas metas estabelecidas e que outras ações que são necessárias progridam de acordo com o plano traçado (FRANCO; COHEN, 1993, p.77).

Verifica-se, portanto, que o monitoramento e a avaliação de políticas públicas estão intrinsecamente relacionados ao desempenho de determinada ação, projeto ou programa. O objetivo dessas ferramentas é o de fornecer informações sobre o resultado alcançado por uma determinada iniciativa governamental com base em critérios previamente estabelecidos. O resultado do desempenho pode ser examinado sob as dimensões de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.

Robson Gonçalves apresenta conceitos utilizados pelo Tribunal de Contas da União e extraídos do "Manual de Auditoria Operacional" do referido órgão, nos seguintes termos:

Eficiência - é a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados em um determinado período de tempo. Essa dimensão mede o esforço do processo de transformação de insumos em produtos;

Eficácia - refere-se ao grau em que se atingem os objetivos e as metas de uma ação, em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados;

Efetividade - diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo; é a verificação da ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir à ações do programa avaliado;

Economicidade - é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (CASTRO, 2012, p. 38 e 39) (grifamos);

Um bom exemplo fictício desses conceitos em um caso prático seria uma campanha de vacinação em que foram vacinados 95% da população (**eficácia**) o que resultou no alcance do objetivo que era o de reduzir os índices da manifestação de determinada doença no país (**efetividade**). Para viabilizar a distribuição em longa escala do princípio ativo do medicamento, o governo derrubou as patentes dos laboratórios nacionais (**economicidade**). Além disso, verificou-se que a política pública em tela evitou que ocorresse uma epidemia no país, tendo em vista a antecipação governamental de planejar e executar o programa de vacinação em tempo suficiente (**eficiência**) o que não ocorreu, por exemplo, no país vizinho.

Veja que as dimensões são variáveis, pois uma campanha de vacinação pode ter economicidade, eficácia, mas não alcançar a efetividade pelo não alcance do objetivo que, neste caso, era o de reduzir os índices de manifestação de determinada doença no país, pois mesmo com a vacinação de toda a população, a epidemia poderia não ter sido evitada. Por isso é que, na contemporaneidade, procurou-se implantar o modelo de "administração gerencial", com base em modificações constitucionais por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, fundada, em tese, no princípio da eficiência.

A Emenda Constitucional nº 19/98 tem sido vista pelos neoliberais como um importante instrumento legitimador da reforma na Administração Pública no Brasil. Para Paulo Modesto as linhas gerais dos objetivos pretendidos foram as seguintes:

- **objetivo econômico:** diminuir o *déficit* público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta;
- **objetivo social:** aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;
- **objetivo político:** ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;
- **objetivo gerencial:** aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados (MODESTO, 2001) (grifamos).

Ocorre que o grande problema da ineficiência no planejamento da gestão pública começa com a difícil tarefa de se compreender o conteúdo desse princípio, o qual foi inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição, pois a doutrina pátria ainda diverge sobre a concepção jurídica que deva ser atrelada a este conceito. Para Hely Lopes Meirelles,

Eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 2002, p.90-91).

Para Alexandre de Moraes,

O princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social (MORAES, 1999, p.30).

Com opinião oposta, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração' (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p.92).

Para Valter Foleto Santin (1999), a eficiência¹⁶ - ao lado da regularidade e da adequação dos serviços de prevenção relacionados à segurança pública - pode ser questionada e julgada administrativa e judicialmente, a despeito das conhecidas restrições de apreciação do ato administrativo discricionário.

Com base nessas exposições, manifestamo-nos pelo sentido de que eficiência não é um princípio estrita e isoladamente jurídico, mas político-administrativo, pelo que deve ser concebido como tal. Assim, concordamos que o escopo principiológico é a busca pela qualidade, não como regra, mas sim como objetivo a ser alcançado.

No que tange à fiscalização legal interna das políticas públicas no âmbito do Poder Executivo, esta é feita pelo setor denominado de Controle Interno. Segundo Botelho:

¹⁶ Sobre o princípio da eficiência relacionado ao serviço na prevenção e repressão do crime, ver a seguinte obra: SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*, São Paulo: RT, 2004. O livro contém um capítulo inteiro que trata de criminalidade, serviço de segurança pública e eficiência, abordando também questões relacionadas à efetividade e à eficácia, além de critérios para avaliação da eficiência do serviço de segurança pública na página 166.

Controle Interno é o controle realizado pelo próprio órgão executor no âmbito de sua Administração (...) pode-se manifestar de diversas formas: preventiva, sucessiva, corretiva, política e financeira. (...) O art. 76 da Lei Federal nº 4.320/64 especifica de forma clara as atribuições do Controle Interno (BOTELHO, 2009, p.31).

Por conseguinte, o sistema de Controle Interno do Poder Executivo, nos termos do artigo 74 da Constituição da República, deve se integrar ao sistema de controle interno dos demais Poderes, principalmente do Legislativo. Essa integração se dá em face de emissão de demonstrativos contábeis que apresentem desde balanços, orçamentos até o controle patrimonial¹⁷.

O sistema de controle interno deve ser criado por lei, sendo que sua regulamentação deverá ocorrer por meio de decreto. O sistema deve contar com respaldo técnico baseado em coletânea de legislação para o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, das instruções normativas do Tribunal de Contas. Por outro lado, o conhecimento da estrutura organizacional do órgão é fundamental para que a controladoria interna exerça suas funções com qualidade (BOTELHO, 2009, p. 37-38).

Assim, o sistema de controle administrativo de políticas públicas é, sem sombra de dúvida, um mecanismo que serve de apoio para que as ações, programas, produtos e serviços públicos alcancem os objetivos constantes nas ferramentas de planejamento e, conseqüentemente, atuem para que os objetivos de Estado sejam alcançados. Qualquer falha nesse sistema pode redundar na falta de efetividade na entrega do produto final ou mesmo em irregularidades.

Cumpra ao controle externo, que é realizado pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas, pelo cidadão e também pelo Poder Judiciário, atuar para o restabelecimento da ordem. O tratamento de cada ramo supracitado não será tema de abordagem neste trabalho, pois o foco de análise é o Poder Judiciário.

¹⁷ As Administrações Diretas e Indiretas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios tiveram como meta fixada pelo programa Brasil 22, a realização do levantamento geral do patrimônio público nacional com base em informações de cada unidade administrativa. Essas informações serão utilizadas para fins de fiscalização da correta aplicação de recursos e bem como de catalogação, localização e manutenção de bens pertencentes, no contexto geral, ao Estado.

No próximo capítulo, a análise recairá sobre o controle de jurisdição constitucional de políticas públicas, etapa *sine qua nom* para a identificação de limitações ao poder dos magistrados de intervir/controlar políticas públicas tendentes à consecução dos objetivos de Estado.

2 CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Esse capítulo abordará o controle de jurisdição constitucional de políticas públicas. Trata-se de um tema bastante polêmico, principalmente em face de alguns fenômenos contemporâneos, como o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte de Direito, a busca pela aplicação direta da Constituição, a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, a influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas por autoridades tidas como não democraticamente legitimadas (juízes), falta de segurança jurídica sobre as amplas possibilidades de interpretação permitida pela aplicação direta das constituições.

A grande preocupação de doutrinadores que abordam o tema é o risco da instituição de um governo de juízes, haja vista a interferência cada vez mais incisiva dos magistrados em áreas até então concebidas como restritas aos Poderes Executivo e Legislativo, a exemplo do planejamento e da execução de políticas públicas. Percebe-se que, no âmbito jurídico, há uma grande dificuldade de se harmonizar a função jurisdicional com as competências das demais funções constitucionais. A separação dos poderes já não é algo estanque como se pensava no passado. Porém, isso não significa, pelo menos aparentemente, que a harmonia entre os poderes, garantida constitucionalmente, possa ser violada.

Fato incontroverso é que o Poder Judiciário tem a incumbência de decidir de forma final acerca de temas que envolvam matérias jurídicas, porém, essa atividade não pode ser concebida como ilimitada, pois soberania é característica da Constituição, em face da qual todos os poderes estão sujeitos.

A análise do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas será orientada pelo paradigma constitucionalista, haja vista o crescimento desse movimento e sua consolidação gradativa nos ordenamentos jurídicos da contemporaneidade, onde os dispositivos constitucionais passam a ter clara influência e repercussão em todos os ramos do direito. Cumpre esclarecer que, por questão metodológica, a abordagem se restringirá à esfera de controle de constitucionalidade incidente sobre políticas públicas.

2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SOBERANIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O termo "Jurisdição Constitucional" pressupõe uma noção de supremacia ou de soberania da Constituição em face dos poderes por ela constituídos. Esse conceito é marcado por um processo que tem, nas circunstâncias históricas, sua formulação, modulação e aprimoramento.

A noção de soberania é gestada na doutrina ainda na Idade Média, principalmente a partir da obra de Jean Bodin (*Lex six livres de la Republique*, 1576), num intuito de descrever analiticamente as relações políticas e a autoridade do rei. Para Bodin, o rei não era soberano porque titular de vários poderes, mas porque titular de um poder perpétuo e absoluto (MÖLLER, 2011, p.141). Assim, a qualidade de soberano somente poderia ser ostentada por um poder incondicionado, não derivado e, portanto, originário.

É na ideia de soberania que começa a surgir a concepção moderna de Constituição, porquanto fixa um "núcleo duro do regime político" (FIORAVANTI, 2001, p.77)¹⁸. É evidente que tal noção de núcleo rígido de poder político não é associada imediatamente à concepção de Constituição, mas à legitimação do poder do "soberano", tal como sustentado por Hobbes em sua célebre obra *Leviatã*, em 1651. Para Max Möller, Hobbes já reconhecia que a soberania era originada dos cidadãos, porém, na ausência de uma ideia de Constituição, transferia sua parcela de soberania para o soberano através da "representação", diferente da teoria defendida por Rousseau (*Contrato Social*, 1762), quando este desloca a noção de soberania do indivíduo para o povo, o qual poderá, a qualquer momento, revogar ou alterar livremente o poder constituído, haja vista que o fundamento desse poder representa a "vontade geral", que não poderia ser usurpada por qualquer governo (MÖLLER, 2011, p.142).

Ambas as teorias concentram-se demasiadamente na concepção de soberania focada em apenas uma instituição, de modo a possibilitar que o poder se concentre em um único local, no rei soberano ou na assembléia soberana.

¹⁸ Em suas palavras, a "constitución comienza a nascer en el momento en el que comienza a hacerse fuerte y sensible la necesidad de individuar un núcleo rígido e inalterable del poder político, sustrído por su naturaleza e la fuerza corrosiva del intercambio, de lo pactado".

Tais teorias foram superadas com o advento dos modelos pós-revolucionários - americano e francês - que culminaram no constitucionalismo contemporâneo, cujo traço marcante está nas relações entre os poderes e o papel reservado às decisões democráticas, principalmente no que tange ao papel dos direitos fundamentais¹⁹.

De acordo com a concepção republicana consagrada nos Estados Unidos da América, após a declaração da independência, o poder mais temível a ser limitado era o Poder Legislativo, pois este possui a função mais relevante, a de legislar. É com base nisso que se propõe atribuir aos juízes o poder de limitar os atos legislativos e administrativos, quando estes contradigam a Constituição. Com isto, o passo mais importante em relação a uma concepção constitucionalista estava dado: a criação de um sistema de controle de constitucionalidade. Nas palavras de Fioravanti:

Definitivamente, o controle de constitucionalidade é essencial e indispensável não apenas como instrumento de proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias (...) mas também e sobretudo com o fim de impedir um dos poderes, o mais forte, que é sempre o Poder Legislativo, possa aspirar a cobrir e representar todo o espaço da constituição, identificando-se com seu fundamento primeiro, com o mesmo povo. É como se os juízes, atores e instrumento daquele controle, recordassem continuamente aos legisladores que eles estão ali para exercer um poder muito relevante mas sempre derivado, ao haver recebido do povo soberano mediante a constituição²⁰ (FIORAVANTI, 2001, p.109).

Por outro lado, o modelo francês pós-revolucionário, que influenciara os sistemas constitucionais de grande parte dos países que adotaram o modelo do sistema denominado de *civil law*, difere diametralmente do modelo de constitucionalismo não só do americano, como também do atual.

¹⁹ O termo direitos fundamentais é aplicado àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (caráter nacional). Ele difere-se do termo direitos humanos, com o qual é frequentemente confundido e utilizado como sinônimo, na medida em que este se aplica aos direitos reconhecidos ao ser humano como tal pelo Direito Internacional por meio de tratados, e que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, tendo, portanto, validade independentemente de sua posituação em uma determinada ordem constitucional (caráter supranacional) SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

²⁰ Tradução livre do original: "En definitiva, el control de constitucionalidad es esencial e indispensable no sólo como instrumento de protección de los derechos actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que es siempre el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, atores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber recibido del pueblo soberano mediante la constitución".

Ao tratar do assunto, Max Möller (2011, p.148) salienta que "Tamanha é a diferença que nos parece possível afirmar que (...) o modelo francês não era de constitucionalismo, mas representou uma migração do poder absoluto do rei para o poder absoluto da Assembléia".

A proposta francesa de organização política foi fortemente influenciada pelas ideias de Rousseau, porém com a diferença de que a "vontade geral" do povo soberano foi substituída pelo princípio da legalidade, por meio dos representantes reunidos no Poder Legislativo. Para Max Möller (2011, p.149), "ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária".

A razão que levou os franceses a restringir o juiz como *bouche de la loi* (juíz como boca da lei) foi a de que o Judiciário francês mantinha com a aristocrática, laços visíveis e espúrios, conforme pode ser verificado no relato, *in verbis*:

Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade - mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais (MARINONI, 2010, p.52).

Assim, a preocupação dos revolucionários franceses em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu (*De l'esprit des lois*) aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário.

Caso diferente ocorreu na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa, em 1688, momento em que ficou estabelecido o instituto da *supremacy of the parliament* (supremacia do parlamento). Neste caso, não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum (*common law*) em face do rei. Nas palavras de Marinoni:

Assim, toda e qualquer norma elaborada pelo legislativo estaria inserida dentro do *common law*, na busca de afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra o rei. A Revolução, bem por isso, não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito (MARINONI, 2010, p.46).

Com o advento da concepção de soberania constitucional, coube ao Judiciário o poder de manifestar-se de forma final em questões relacionadas a interpretação da Constituição. Essa ideia também é produto da história. Segundo Marinoni, o "broto" da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América teve início com o transporte do princípio da supremacia do parlamento para as colônias americanas que, até 1776, eram reguladas por Cartas, de forma que não era permitido a elas a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes. Conforme relata o autor,

Com a independência das colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, e, como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação do Reino Inglês, tornou-se praticamente "natural" controlar as leis que contrariassem as Constituições dos estados que acabavam de adquirir independência (MARINONI, 2010, p.44-45).

Segundo o autor supracitado, com o advento do controle de constitucionalidade americano, motivado por vertentes constitucionalistas, a regra da separação rígida entre os poderes passa a ser mitigada. Surge o modelo não rígido que organiza-se através de uma clara definição de competências dispostas na Constituição, de forma que a cada poder serão delegadas atividades específicas, as quais, em alguns casos, podem, inclusive, ser coincidentes. Portanto, o que vai determinar a posição final será a definição constitucional sobre qual poder deverá ter a última palavra a respeito de cada matéria. Esse sistema visa a uma atuação que não se pauta apenas na "separação", mas também no funcionamento harmônico entre os poderes, que devem agir através de uma mútua colaboração e, mais importante, onde cada um impõe os limites necessários ao outro, de acordo com as competências definidas constitucionalmente (*check and balances*) (MARINONI, 2010).

Contudo, é preciso deixar claro que a supremacia da Constituição não suplanta a importância da produção legislativa, de modo que a lei - como expressão máxima do Legislativo - continua a ser importante fonte para o constitucionalismo, não obstante seus mandamentos não mais sejam absolutos,

peremptórios e ilimitados. Além disso, a presença de princípios - aparentemente opostos - exige sempre um processo de ponderação, que não pode ser solucionado pelo legislador, porquanto a competência deste é geral e abstrata e separada de motivos lógicos e semânticos. Nesse ponto, é importante registrar a consideração empossada por Max Möller de que,

O caráter normativo das constituições e a limitação do poder de deliberação legislativa em nenhum momento significaram a substituição da lei pela constituição. Significa, isto sim, tão somente a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, determinando que esteja adequada a princípios materiais e formais previstos na constituição. Considerando que tal controle de adequação é, em última instância, feito por um órgão externo ao poder legislativo, e que politicamente deve ser considerado neutro; (...) A partir do controle de constitucionalidade a lei é submetida a uma prova de racionalidade. Racionalidade esta que parece ter sido perdida em razão de uma mitificação exagerada do poder de racionalidade do processo político; (MÖLLER, 2011, p.185-186) (grifamos).

Corroborando com essa ideia, Nicola Matteucci salienta que a Constituição, ao mesmo tempo em que cria e atribui competência às instituições e ao poder estatal, permite-se, em razão disso, também limitar tal poder. Exerce, portanto, de um lado, a função de legitimar o poder, que é delegado por seu titular, o povo soberano. De outro, impede sua utilização abusiva²¹ (MATTEUCCI, 1980, p.560-561 *apud* MÖLLER, 2011, p.24).

Podemos dizer que a concepção de soberania da Constituição, de separação harmônica de poderes e de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais foi sedimentada no contexto brasileiro com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, após um longo processo de amadurecimento político e democrático, assim como ocorreu ao longo da história mundial.

É de se notar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro contém algumas peculiaridades que o diferencia dos demais, tendo em vista que sua elaboração resultou do produto de uma visão mista dos sistemas

²¹ No original: "L'aspetto originale del costituzionalismo moderno consiste nell'aver mirato a una costituzione scritta, che contenga una serie di norme giuridiche fra loro organicamente collegate, in opposizione alla tradizione medievale, che si esprimeva in 'leggi fondamentali'. In tal senso il costituzionalismo non si sottrae a quella legge fondamentale che caratterizza la crescita dello Stato moderno, che è un processo di razionalizzazione di tutti gli aspetti della vita politica, per ubbidire alla stessa esigenza (e quindi di efficienza) e di pubblicità, in modo che tutti siano posti in condizione di parità. (*Le origini del costituzionalismo moderno* In: Storia delle idee politiche economiche e sociali, diretta da Luigi Firpo, v. 4, t. I, Torino, Editrice Torinese, 1980, p.560-561).

americano e europeu. Assim, tal controle pode ocorrer por meio de ação direta, dirigida ao Supremo Tribunal Federal (controle concentrado), ou no curso de qualquer ação voltada à solução de um caso conflitivo concreto (controle difuso).

O controle de constitucionalidade também pode ser feito por meio de técnicas da "interpretação conforme a Constituição" e da "declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto" (art. 28, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.868/1999).

Outra questão importante é referente a demandas respeitantes a casos conflitivos concretos que chegam ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário. Nesse caso, o controle da constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a tese de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário atinge unicamente os litigantes tem sido mitigada na prática jurisprudencial do referido Tribunal. Luiz Guilherme Marinoni relata que "Recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo". Essa tese sustenta que mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário - controle incidental - quando objeto de manifestação do Plenário do STF, gozam de efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário²² (MARINONI, 2010, p.73).

Sem dúvida que o fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*, ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que tal controle não é deferido à magistratura ordinária.

Para Marinoni o fato do controle de constitucionalidade ser feito por qualquer juiz ou tribunal confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de primeiro grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme à Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei através das técnicas da interpretação conforme e

²² STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p.65. Em sede doutrinária, ver MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, n.162, abr. - jun. 2004, p.164.

da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law* (MARINONI, 2010, p.73-74)

Nessa perspectiva, importa advertir que o sistema judicial brasileiro está mais perto do americano do que daquele de controle reservado unicamente ao Tribunal Constitucional (europeu), embora haja uma aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*. Sobre tal enfoque recaem críticas acerca da imprescindibilidade do respeito aos precedentes no ordenamento brasileiro, justamente pelo fato da adoção, pela Constituição, do sistema misto de controle de constitucionalidade.

Adeptos da doutrina que defende a obrigatoriedade dos precedentes relatam que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, já que no último fundamentou o *stare decisis* (respeito aos precedentes), enquanto que no primeiro foi utilizado para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Apesar disso, não se pode negar que a lei pode ser interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, abrindo-se margens para a insegurança jurídica. Assim, a certeza jurídica somente poderia ser garantida, frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes.

Adverte Marinoni que,

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria do *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. A tradição de *civil law* afirmou a tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, já que no último fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. (...) Contudo, nem ao se "descobrir" que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que o juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os "casos iguais", abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar indistigível que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes (MARINONI, 2010, p.19).

Contemporaneamente tem-se verificado que o sistema de precedentes já não é privilégio da tradição *common law* do direito. A prova desse argumento são as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, instituto que foi inserido no Direito pátrio por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004 como um instrumento único no ordenamento brasileiro, por criar a vinculação do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, sendo do STF a competência para sua edição.

Segundo Michel Roberto Oliveira de Souza e Juliana Sípoli Col,

Pode-se verificar no instituto da SV a influência da teoria do *stare decisis*, ou teoria do precedente judicial vinculante, adotada em países filiados ao sistema jurídico do *common law*. (...)No entanto, o instituto da SV delinea-se de modo peculiar, pois, se por um lado possui a característica da observância obrigatória, tal como o precedente judicial, por outro, sintetiza diversas decisões reiteradas, o que a aproxima do conceito de jurisprudência (OLIVEIRA DE SOUZA; SÍPOLI COL, 2011, p. 73-74).

Para os referidos autores, o que torna o instituto da súmula vinculante *sui generis* no Brasil é o fato de estar atrelado a decisões reiteradas do Supremo Tribunal, diferentemente de como acontece no sistema *common law*, em que se pode extrair um precedente de um único julgamento de um caso concreto (OLIVEIRA DE SOUZA e SÍPOLI COL, 2011, p.79).

Fato é que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi sendo moldado ao longo da história, chegando ao seu ápice com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Nesse sentido, LAMY enumera algumas inovações trazidas pela Constituição Cidadã:

A Constituição de 1988 (...) modificou consideravelmente, no entanto, o sistema de controle da constitucionalidade, apresentando as seguintes inovações: a) criou nova ação constitucional para suprir, no caso concreto, omissões normativas, descumprimento do dever de produzir normas viabilizadoras de direitos constitucionais: o mandado de injunção, que pode ser processado em qualquer juízo e mesmo no STF ou julgado em grau de recurso por este último se decisão anterior a denegar; b) transformou a representação por inconstitucionalidade ou para interpretação em ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, ampliando o rol dos legitimados para impetrá-la, prevendo a participação do Procurador Geral da República (simples manifestação) e do Advogado Geral da União (defesa do ato); c) concedeu instrumento processual que assegura a autoridade das decisões do STF: a reclamação constitucional; d) retirou a hipótese de recurso extraordinário decorrente de lei federal ter sido interpretada de forma divergente do sentido que lhe tenha sido dado por outro Tribunal ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal; e) criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental; f) previu a ação direta de inconstitucionalidade de âmbito estadual (art. 125, §2º) (LAMY, 2005, p. 537 a 575).

Cumpra registrar que no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a atuação do Supremo Tribunal Federal somente ocorre em face de atos normativos primários, ou seja, que têm fundamento no próprio texto constitucional, ou seja, no processo legislativo inserido na Constituição. Tais atos criam, modificam e revogam relações jurídicas, obedecendo apenas aos princípios constitucionais que norteiam a sua elaboração. Assim, atos não-primários (ou normas infralegais), caso não se ajustem à Constituição, não poderiam ser chamados de inconstitucionais, mais sim de atos com vícios de ilegalidade, haja vista que o sistema brasileiro não admite inconstitucionalidade abstrata por derivação (ou a norma é ilegal ou é inconstitucional) (MOTTA e BARCHET, 2008, p.490).

Noutro turno, a ação de controle de constitucionalidade está compreendida em um sistema de processo objetivo no qual as partes estão estabelecidas em rol taxativo que compreende legitimados universais e especiais. Os primeiros se caracterizam por possuir interesse de preservar a supremacia da Constituição em razão de sua própria natureza jurídica - Presidente da República; Procurador-Geral da República; Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Os segundos - Governadores de Estado e do Distrito Federal e as Mesas das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa, e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional - devem demonstrar a relação de interesse entre o objeto da ação direta proposta e a classe profissional, social, econômica ou política que representam, a chamada "pertinência temática". O rol completo dos legitimados está no artigo 103, incisos I a X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Verifica-se que o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil contém peculiaridades que o torna *sui generis*, principalmente em face do paradigma soberano da Constituição, que não somente informa a necessidade de harmonia entre os poderes constituídos, como também a necessidade de constante aprimoramento da forma como as decisões jurídicas passam a ser proferidas dentro do ordenamento.

Apesar dos avanços trazidos pelo movimento constitucionalista de centralizar na Constituição o parâmetro para a sistematização do ordenamento, no quesito jurisdição constitucional ainda precisam ser feitos alguns ajustes. Isso porque ainda pairam algumas críticas sobre o alargamento da atuação jurisdicional sobre o setor político. Analisaremos, no próximo subtítulo, aspectos sobre os impasses da jurisdição constitucional decorrentes da judicialização da política e do ativismo judicial.

2.2 IMPASSES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço na doutrina constitucional com base em movimentos teóricos e ideológicos que propõe mudanças tanto na aplicação das normas constitucionais como também de alteração do papel dos juízes na formação do direito.

Essa mudança de concepção apresenta os mesmos objetivos de garantir a liberdade dos cidadãos e limitar o poder, no entanto, não compactua com o culto à lei, já que considera que este foi irrecuperavelmente abalado ante a manipulação da vontade das majorias pelos regimes totalitários característicos da metade do século XX. Em razão dessa nova perspectiva, movimentos como o neoconstitucionalista²³ propõem uma releitura da Constituição como instrumento normativo limitador da própria lei, assim como considera a atividade judicial como ponto de equilíbrio entre razão, valores e a vontade das majorias (MÖLLER, 2011, p. 24-25).

Portanto, mais que um movimento ou teoria, o neoconstitucionalismo representa uma atitude frente ao texto constitucional ao encarar a Constituição como

²³ Comanducci sintetiza, para o termo neoconstitucionalismo, as seguintes abordagens: a)teórica - teoria do direito que busca descrever a constitucionalização dos ordenamentos que representa tanto uma alternativa ao iusnaturalismo quanto ao positivismo jurídico; b)ideológica - concepção que não se limita a descrever o processo de constitucionalização, mas em defender esse processo e ampliar a garantia dos direitos fundamentais e de práticas como a aplicação direta da Constituição; c)metodológica - sustenta que o neoconstitucionalismo romperia com a separação entre o ser e dever ser defendida pelo positivismo jurídico, constituindo novo elo entre direito e moral. Influência no modelo teórico, pois relacionado à filosofia do direito, sem deixar de possuir caráter claramente ideológico (COMANDUCCI, 2005, p. 75-98).

verdadeira norma jurídica, apta a impor deveres e obrigações, tanto ao Poder Público como aos particulares, porquanto documento jurídico de maior hierarquia nos sistemas jurídicos.

Ricardo Guastini enumera alguns elementos que devem ser alcançados para que o grau de constitucionalização mínimo seja alcançado para que essa alteração de cultura jurídica seja implementada. Assim, o constitucionalismo pressupõe a existência de uma Constituição rígida²⁴, com força vinculante e garantia jurisdicional de aplicação direta das normas constitucionais, inclusive sobre as relações políticas. Vinculam-se a estes elementos as características de interpretação conforme as leis²⁵ e a sobreinterpretação²⁶ da Constituição (GUASTINI, 2005, p.50).

A influência da Constituição sobre as relações políticas constitui, dentre todas as características do constitucionalismo moderno ou do neoconstitucionalismo, como argumento central de toda a teoria, porquanto a partir dele se constroem e fundamentam todas as demais características da jurisdição constitucional, a qual é marca por dois conceitos: judicialização da vida e ativismo judicial. Luís Roberto Barroso define judicialização nos seguintes termos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2008, p.3).

Para Barroso as três principais e grandes causas da judicialização em nosso Estado foram a redemocratização do País, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A primeira teve

²⁴ Constituição rígida é aquela que é positivada, com rito de alteração/modificação de texto que respeite um *quorum* qualificado e preserve direitos fundamentais por meio de cláusulas pétreas.

²⁵ Não é a mesma coisa que interpretação conforme a constituição, na qual o Tribunal Constitucional ou qualquer juiz que detenha competência para um juízo de constitucionalidade possa atribuir uma interpretação obrigatória a determinada lei, mas de um critério de coerência das decisões no sistema, na qual a preferência à solução prevista nas leis se sobressaia a ampla gama de possibilidades existentes no ordenamento (MÖLLER, 2011, p.39).

²⁶ Sobreinterpretação para Guastini é a aptidão que a Constituição tem de regular toda matéria não regulada por lei infraconstitucional, ou seja, não há questão de legitimidade constitucional da qual se possa dizer que seja somente uma *political question*, algo puramente político, alheia ao conhecimento do juiz e da legitimidade constitucional das leis (GUASTINI, 2005, p.55).

como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988 e com ela, a recuperação das garantias da magistratura, fazendo com que o Judiciário deixasse de ser um departamento técnico-especializado para se transformar em um verdadeiro poder político. A segunda está relacionada com o tratamento dado pela Constituição a inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária de forma a transformar política em direito e por fim, a terceira que, ao combinar os aspectos de dois sistemas diversos, o americano e o europeu, possibilitou que qualquer questão política relevante pudesse ser alçada ao Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2008, p. 3-4).

Por outro lado, o ativismo judicial tem relação com a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Para Barroso (2008, p.6), a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.

Para Max Möller,

O risco de um processo de transição de um regime legislativo a um regime constitucional, no qual há um evidente deslocamento do protagonismo legislativo em direção ao controle judicial dessa atividade, sempre no sentido de reequilibrar as estruturas de distribuição do poder e a participação destes na formação do direito, é exatamente a possibilidade de esse deslocamento ultrapassar os limites do equilíbrio, ingressando em esferas de desequilíbrio institucional. É nesse sentido que se concentram grande parte das críticas ao regime constitucionalista atual, ou seja, no excessivo "ativismo judicial" que de forma muito concreta põe em risco as conquistas democráticas (MÖLLER, 2011, p.204)

Para o referido autor, esse risco é potencializado nos países que contam com um sistema difuso de controle de constitucionalidade, em que é legítimo a qualquer juiz (ou seja, ao Poder Judiciário), deixar de aplicar determinada norma em razão de entendê-la contrária à constituição. Ou, em outros casos, atribuir um sentido jurídico a um termo de uma norma *open texture*, o que possibilita criar uma

razão determinante, ainda que *contra legem*, para decidir determinado caso (MÖLLER, 2011, p.204).

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni salienta que é exatamente aí que aparece o brutal problema do nosso tempo: o sistema brasileiro - que adota o controle difuso de constitucionalidade - não se deu conta de que esta forma de poder judicial coloca em risco a coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade, valores fundamentais em qualquer Estado de Direito. Para o doutrinador, "A ordem jurídica deve ser coerente. A ordem jurídica, como é óbvio, não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais (...) Múltiplas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente" (MARINONI, 2010, p. 2-3).

A solução apontada pelo autor supracitado está na obediência, por parte dos Tribunais Infraconstitucionais, dos chamados precedentes obrigatórios, também conhecidos como *stare decisis*. Para referido autor,

Apenas o sistema que privilegia os precedentes pode garantir a coerência do direito, a previsibilidade e a igualdade. Advirta-se que o *stare decisis* não nasceu junto com o *common law* e com ele não se confunde. Como a tradição de *common law* jamais negou – ou precisou negar - o poder criativo dos juízes, o respeito aos precedentes, surgiu naturalmente no curso do desenvolvimento do *common law*, para garantir a igualdade e a segurança jurídica (MARINONI, 2010, p.3).

Outro risco apontado pela crítica ao "ativismo judicial" consiste na presunção injustificada colocada por alguns autores, de que a decisão judicial é capaz de conjugar a racionalidade e a justiça que a lei não foi capaz de proporcionar quando a esta também se atribuíam tais características. Para Möller (2011, p.205) "o risco a evitar é o de cometer o mesmo erro já cometido quando da substituição do Estado absoluto pelo Estado legislativo, constituindo um Estado judicial, no qual há uma clara supremacia do Poder Judiciário".

Outra questão a ser analisada diz respeito ao argumento da moral atrelado ao direito - algo que havia sido abandonado desde o surgimento do positivismo e o "fim" do iusnaturalismo - é que tais teorias defendidas por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy - que concentram grande parte do seu conceito de direito como algo dependente da moral ou da interpretação moral - fazem com que seja ampliado o âmbito da decisão judicial, reduzindo seu condicionamento a limites provenientes de outros poderes quase que a zero; é a

falta de limites a esse poder, que acaba por criar a ideia de soberania e supremacia de um poder sobre outro (MÖLLER, 2011, p.205).

Ao tratar sobre a corrente decisionista que defende o monopólio de interpretação da constituição ao Poder Judiciário nos ordenamentos que adotam o controle difuso, Ingborg Maus salienta que:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (...) Esses dois conceitos emancipatórios (controle da legalidade e processo político de criação normativa) são postos radicalmente em questão por meio da ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A mencionada introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só a arma com maior grau de legitimação, imunizando assim suas decisões contra qualquer crítica, mas também conduz a uma liberação da justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular (INGBORG MAUS, 2000, p.129 - 134).

O problema dessa dominação da justiça por parte do Poder Judiciário não cria problemas somente no que se refere à separação e equilíbrio entre os poderes, mas traz riscos também no âmbito das políticas públicas, haja vista que não são poucos os casos em que juízos de constitucionalidade acabam por transbordar o âmbito de controle da legalidade dos atos da administração pública e ingressar na produção de mandamentos de fazer ou dar, sem que nem sequer se considere os meios para execução de tais ações. Ou ainda mais grave, sem considerar as próprias limitações legais (e constitucionais) às quais está sujeito o administrador. Essas posturas nada mais fazem do que revelar a posição de supremacia que se coloca o julgador em relação aos demais poderes em uma considerável gama de casos (MÖLLER, 2011, p. 206). Nesse contexto, assume o próprio julgador a condição de representante dos valores do povo soberano, desconsiderando uma das principais críticas que sofre o constitucionalismo, a de que não é legítimo para tal a partir da vontade do povo, mas da constituição.

Para Maus, a inclusão de critérios morais no direito e a crença de que o julgador teoricamente imparcial é capaz de revelar tais juízos expõe o direito ao sério risco da incorporação de critérios supralegais, colocando o encarregado de revelá-los em uma posição também supralegal (INGBORG MAUS, 2000, p.137).

Por outro lado, é notório que a decisão jurídica nunca está dissociada por completo de uma análise valorativa dos fatos, principalmente quando se trata dos chamados casos difíceis (ou *hard cases*).

De modo sistematizado, um caso pode ser considerado difícil: i) quando não há uma única resposta correta, de constatação direta e objetiva; ii) as formulações normativas são ambíguas e/ou os conceitos que expressam são vagos, indeterminados ou abertos, bem como contém cláusulas gerais; iii) o direito é incompleto ou inconsistente; iv) não há consenso na comunidade jurídica sobre a melhor solução para o caso; v) o caso não é rotineiro ou de aplicação mecânica da lei, exigindo criatividade do intérprete; vi) requer raciocínio jurídico baseado em juízos de ponderação, não sendo suficientes meros argumentos dedutivos (...) vii) a solução envolve juízos éticos ou morais (CAMBI, 2009, p. 273).

Um exemplo de *hard case* é o caso *Riggs versus Palmer*, julgado pelo Tribunal do Estado de Nova Iorque, no qual era necessário decidir se Elmer poderia usufruir da herança que o avô lhe deixara em testamento, mesmo o tendo assassinado, já que as leis não previam o homicídio como causa de exclusão do quadro dos herdeiros. O Tribunal decidiu negar a Elmer a herança, com fundamento no princípio de que não se pode obter vantagem de um ilícito (FARALLI, 2006, p.35-36).

Verifica-se, neste caso, que sem uma valoração do fato chegar-se-ia a uma solução na qual Elmer, apesar de ser condenado na esfera criminal, ainda poderia herdar, rompendo-se o equilíbrio do sistema jurídico. Por outro lado, não se pode confundir a técnica da ponderação com um mero sopesamento de princípios. Segundo Eduardo Cambi,

(...) o juízo de ponderação não se limita a uma técnica de aplicação de princípios. Não obstante a maioria dos casos de ponderação envolva princípios, a noção sugerida é mais ampla, com o intuito de incluir conflitos normativos que, excepcionalmente, não podem ser resolvidos pela técnica da subsunção, além de excluir colisões de princípios que não recomendam a ponderação (em razão de o princípio ter natureza de regra ou ter estrutura ou funcionamento diversos) (CAMBI, 2009, p.135).

Desta feita, a ponderação não impõe, por completo, o fim da técnica da subsunção, mas constitui, conforme salienta Eduardo Cambi, em uma alternativa quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior, devendo ser aplicada quando há discussão sobre o padrão referencial normativo que deve incidir sobre o caso concreto.

Corroborando essa ilação, Max Möller ensina que,

É fato que, em muitos casos, os juízes não têm como fugir a emitir uma decisão política, o que ocorre sempre que devem decidir sobre a juridicidade de uma decisão política. Porém, "valorar juridicamente uma decisão política" é algo diverso de "valorar politicamente uma decisão política". Nesse segundo caso, a postura de um julgador que, ao invés de verificar se a decisão tomada politicamente é compatível com a constituição, busque impor a decisão que entende ser jurídica e politicamente mais adequada, desconsiderando a decisão do órgão legitimado, deixa de configurar um Estado democrático, para se assimilar a um Estado aristocrático (MÖLLER, 2011, p.207).

Como visto, essa nova atuação do Poder Judiciário na construção do significado jurídico de conceitos abertos e sua inserção como importante fonte do direito implica uma maior atenção dos julgadores aos precedentes e à hierarquia da jurisdição constitucional, pois a grande margem de interpretação possível a conceitos como "dignidade da pessoa humana", "boa-fé" e "razoabilidade", faz com que essas expressões tenham seu sentido definido, em alguns casos, com base em subjetivismos jurídicos e não como valores agregados pelo sistema jurídico.

A esse respeito, Luis Prieto ensina que,

A definição jurídica do termo "dignidade", por exemplo, vai depender de uma postura semântica convencionalista ou construtivista; muito distinta da posição essencialista ou descritivista que caracteriza o iusnaturalismo, a qual determina que o melhor conceito de dignidade prevalece. O problema já não será agora, então, o de refutar conceitos morais situados fora dos ordenamentos, mas o de atribuir-lhes sentido de acordo com o conteúdo pelo qual foram incorporados ao sistema jurídico (PRIETO, 1996, p.148).

Apesar das críticas e ponderações apresentadas, parece ser possível sustentar a tese da separação entre valores jurídicos e essencialmente morais como forma de se estabelecer uma margem aceitável de coerência tanto ao ordenamento quanto ao poder de decisão jurisdicional. Max Möller enumera alguns critérios para que tal inferência ocorra:

a) valores morais, para que sejam considerados direitos, devem ser incorporados a partir de fontes do direito, seja pela positivação ou pela prática jurídica; e b) que o sentido que adquirem quando incorporados não seja, necessariamente, o sentido que possuem fora do ordenamento (MÖLLER, 2011, p. 102).

Essa nova visão que permite a presença de normas materiais com correspondência em critérios morais possibilita outra conclusão baseada na distinção entre única solução correta e solução juridicamente adequada, o que não afasta por completo os argumentos do positivismo jurídico, nem mesmo do

iusnaturalismo, pois o objetivo dessa nova visão sistêmica do direito não é a superação de uma corrente filosófica por outra, mas o estabelecimento de um critério maior: a realização da justiça.

Assim, o que os teóricos modernos pretendem é oferecer um modelo para correção do ordenamento com base na concepção de que o direito não deve estar condicionado por qualquer valor ou norma moral, pois somente os valores positivados nas constituições constituem objeto do direito. Os critérios morais que interessam são apenas os positivados na Constituição, e não qualquer lei moral (MÖLLER, 2011, p.126).

Ainda quanto as críticas ao ativismo judicial, Barroso enumera a legitimidade democrática, a politização da justiça e a [in]capacidade do Judiciário frente às atribuições típicas do Legislativo e do Executivo.

No quesito legitimidade, o autor enumera duas justificativas que legitima o Judiciário, a primeira de caráter normativo.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. (BARROSO, 2008, p. 11 - 12).

Por sua vez, o caráter filosófico é expresso nos seguintes termos:

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação

política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar e jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2008, p. 11-12).

O autor esclarece ainda que a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos (BARROSO, 2008, p.12).

No que concerne à politização da justiça, a crítica recai sobre o fato de o direito não ser política. Porém, Barroso defende que o conceito de direito não está separado da política, no sentido de que (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente (BARROSO, 2008, p.13).

Friedrich Müller (2008, p.45) ratifica esse entendimento ao afirmar que a "Constituição é um estatuto jurídico do político". Por sua vez, Eduardo Cambi (2009, p. 211) afirma que "Há uma relação de complementaridade entre o direito constitucional e a política" e continua "A interpretação dos direitos fundamentais é exemplo disto, uma vez que, sendo a Constituição um documento político, é expressão de soberania..." ou seja, "de uma decisão política de um povo de se governar de determinada forma".

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. O faccionismo é o grande inimigo do constitucionalismo (KAHN, 2003, p.2705 *apud* BARROSO, 2008, p.14), pois o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação (SCOTT, 2008, p.420).

Em suma, o juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2008, p.15).

A terceira crítica ao ativismo judicial decorre da capacidade institucional do Poder Judiciário e seus limites, em face da premissa democrática da separação dos poderes, princípio existente na maior parte dos Estados democráticos do mundo. Importante lembrar que em face da teoria dos freios e contrapesos (*Checks and Balances*²⁷) o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes

²⁷ A Teoria dos Freios e Contrapesos ("Checks and Balances"), oriunda dos Estados Unidos da América, justifica a independência e harmonia entre os três órgãos do Poder de Soberania do Estado, sendo estes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF, art. 2º), cada qual com atribuições próprias e impróprias. Ao Poder Legislativo, legislar é atribuição própria, enquanto administrar a si mesmo e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (Lei nº 1079/50) são atribuições impróprias. Ao Poder Executivo, administrar a coisa pública mediante atos normativos é atribuição própria, enquanto legislar (mediante leis delegadas e medidas provisórias) e julgar infrações (em processo administrativo) são atribuições impróprias. Ao Poder Judiciário, é atribuição própria julgar as lides e controvérsias judiciais em curso processual (ou procedimental), enquanto administrar a si mesmo e aos seus serventuários subordinados é atribuição imprópria (PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. A Teoria dos Freios e Contrapesos no Direito Civil. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 07 abtil. 2008).

interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário.

Para Barroso a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. A Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico (BARROSO, 2008, p.16).

No que se refere aos efeitos sistêmicos, estes se configuram pela imprevisão por parte dos efeitos de uma decisão isolada no âmbito do Judiciário. Sobre esta questão, Barroso saliente que,

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos (BARROSO, 2008, p.16).

A conclusão empossada pelo referido autor é a de que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir, e quando o fizer deve avaliar criteriosamente a própria capacidade institucional. "Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência (BARROSO, 2008, p.19).

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, deve dar-se em favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal

Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

A seguir, analisar-se-á como o novo paradigma buscado pelos constitucionalistas moderno tem interferido na aplicação das normas constitucionais, principalmente em face dos princípios e das normas de conteúdos abertos.

2.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO DE PRINCÍPIOS

Os movimentos constitucionalistas proporcionaram significativas alterações em importantes campos do Direito. Não é diferente o que ocorre com relação à hermenêutica. Tal fato se deve, sobretudo, pelo caráter invasivo da Constituição em face de todo o ordenamento, principalmente no que se refere à aplicação dos princípios e de normas constitucionais de conteúdo aberto que exigem, por parte dos magistrados, um cuidado muito maior em sua atividade de interpretar/aplicar a norma principiológica, cuja complexidade vai além do exercício da subsunção. Daí a necessidade de se fazer um análise para compreensão da função dos princípios dentro dos novos ordenamentos constitucionais.

Com o advento do Estado Social, surge a necessidade de conferir força normativa a direitos que arquitetam um modelo social, que se ocupam da promoção de objetivos coletivos, ou mesmo que protegem valores contrapostos, essenciais à proteção das minorias pelas constituições. Ensina Zagrebelsky que:

A superação do Estado de direito legislativo leva consigo importantes implicações para o direito como tal. Supõe-se decidir que, em geral, a 'separação' da lei de que aqui se tem falado - a separação dos direitos e a separação da justiça - é dotada de grande importância para uma distinção estrutural das normas jurídicas, que não eram desconhecidas no passado, mas hoje, na Constituição do Estado, devem ser valorizados muito mais do que eram anteriormente²⁸ (ZAGREBELSKY, 1995, p.109).

²⁸ Tradução livre do original: La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decidir, en geenral, que las dos 'separaciones' de la ley de las que hasta aquí se ha hablado - la separación de los derechos y

Assim, diante da necessidade de se impor uma mudança de paradigma que substitui o direito por códigos pelo direito por normas constitucionais, vê-se instaurada uma crise hermenêutica no sistema constitucional democrático que apresenta-se de forma mais acentuada nos países da tradição *civil law*. Sobre esta questão, elucida Lênio Streck que:

A crise do modelo (modo de produção do Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processuais penal e processuais civil, etc.) (STRECK, 1999, p.16)

Para Max Möller, (2011, p.213-214) "a estrutura tradicional de norma jurídica parece não dar conta de apresentar uma teoria hermenêutica satisfatória para todos os novos desafios que se apresentam no campo da interpretação". Diante dessa crise da noção tradicional de norma jurídica limitada à estrutura de regra, volta-se o direito à consideração do critério normativo dos princípios, antes considerados como meras normas políticas dirigidas ao legislador. Tal estrutura de norma, em razão de características peculiares como a maleabilidade, que permite a inclusão de pautas políticas e valorativas na decisão judicial e amplitude regulatória, sem a necessidade de previsão pormenorizada do suposto fático, acaba por apresentar-se como adequada para o controle jurídico do poder que se demanda ao direito ante um modelo intervencionista de Estado Social.

Por outro lado, constata-se que essa abertura e diversidade de aplicação dos princípios tem colocado o intérprete em evidência. Pode-se dizer, inclusive, que o crescimento da importância dos princípios no cenário jurídico é diretamente proporcional ao aumento da importância da prática judicial como fonte do direito, isso porque são os princípios que permitem ao intérprete alcançar normativamente situações que antes não se enquadrariam no suposto fático, ou mesmo criar soluções distintas das previamente previstas. De outro lado, é o reconhecimento do caráter normativo dos princípios pela prática jurídica que permite e impõe seu estudo como verdadeira norma jurídica (MÖLLER, 2011, p.216).

la separación de la justicia - han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, deber ser valorado mucho más de cuando lo haya sido con anterioridad.

Nesse ponto, cabe a menção crítica de Prieto, sobre a utilização de princípios como subterfúgios para fundamentar propósitos ideológicos:

Talvez os princípios sejam um dos elementos últimos ou mais marcantes produzidos por juristas, capazes de servir por igual a malabarismos conceituais que a propósitos ideológicos, vale o mesmo para estimular alguma racionalidade argumentativa para cobrir as operações hermenêuticas mais díspares. E, talvez, por isso os princípios não têm a mesma reputação ou opinião em todos os círculos legais (...) (PRIETO, 1996, p. 48)²⁹

Não obstante a crítica relatada pelo autor supracitado, tem-se que a constante aplicação de princípios pelos juízes e tribunais demanda, na contemporaneidade, uma maior atenção (e porque não dizer preocupação) com a questão teórica envolvendo esse assunto, haja vista que já não são mais considerados como mera retórica da jurisdição constitucional, mas sim como normas jurídicas em sentido estrito, de forma que a norma jurídica já não possa mais ser considerada como uma consequência jurídica em face de um suposto fático. Impõe-se, portanto, a revisão de teorias de aplicação das normas, principalmente aquelas que resolvem uma eventual contradição normativa com a perda de validade de uma das normas em conflito, ou na conformação de uma como exceção da outra (MÖLLER, 2011, p.217).

Outro problema a ser superado, principalmente no sistema jurídico brasileiro, refere-se à absoluta ausência de uniformidade semântica no uso do termo "princípio". Não é raro encontrar confusões geradas em razão dessa divergência. Segundo a lição de Max Möller,

Não é difícil encontrar afirmações no sentido da identificação do termo princípio considerado como "norma axiologicamente fundamental", tal como o caso da justiça ou da liberdade; utilizado para designar normas mais gerais, aplicadas a setores amplos mas específicos do ordenamento, tal como o são os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé ao direito civil; associado à normas que identificam condutas, ou mesmo para designar princípio da supremacia do poder público sobre o particular, ou mesmo para designar normas relacionadas ao processo interpretativo, tal como o princípio da acessoriedade. Enfim, utiliza-se o mesmo termo para designar normas de estrutura e função absolutamente diversas (MÖLLER, 2011, p. 218).

²⁹ Tradução livre a partir do original: "Tal vez los principios sena uno de los últimos u más vistosos artificios fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malavarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas. Y, quizá por ello los principios no gozan de la misma fama u opinión en todos los círculos jurídicos (...)"

Cabe o registro de catálogo formulado por Atienza e Manero acerca de acepções para a palavra princípio:

a) princípio como norma dotada de grande generalidade (v.g princípio da justiça; b) princípio como normas que contém termos particularmente vagos ou conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo de comportamento "antissocial"; c) princípios como normas programáticas ou diretrizes políticas, onde estabelecem compromissos de persecução de determinados fins comuns (v.g. art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988); d) princípio como norma que expressa "valores superiores", seja do ordenamento jurídico como um todo ou de um determinado setor ou instituição. Como exemplo temos o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil que destaca o "pluralismo político" como fundamento do Estado; e) princípios como normas interpretativas, dirigidas aos intérpretes (ver "Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro" - Decreto-Lei nº4.657 de 4 de setembro de 1942); f) princípios como máximas jurídicas geralmente invocadas pela doutrina e prática jurídica em geral como razões para decidir, isto é, como assertivas inquestionáveis que pertencem ao próprio fundamento do direito, já que consagrados pelos sistemas jurídicos como um todo ou parcialmente considerados, a exemplo da supremacia do interesse público no direito administrativo e a separação dos poderes no direito constitucional (ATIENZA E MANERO, 1997, p.17-35 *apud* MÖLLER, 2011, p.224).

Logo, vislumbra-se que o alargamento de conceitos para um único termo revela não somente uma dificuldade na aplicação de normas de cunho principiológico, como também de distinção destes com outros valores existentes no sistema jurídico que não se enquadram, necessariamente, num patamar de categoria jurídica, a exemplo de valores morais, éticos e ideológicos.

Sobre essa questão, Max Möller defende a ideia de que não se pode negar a existência de uma carga axiológica a determinadas estruturas normativas (regras e princípios), embora valor não seja princípio. O autor chegou a essa conclusão após relacionar o entendimento antagônico de dois autores Luis Maria Díez-Picazo e Humberto Ávila. O primeiro defende que em muitos casos se atribui a denominação "princípio" a normas que, embora possuam clara estrutura de regras, dispõe sobre conteúdos fundamentais e, portanto, possuem uma carga axiológica forte o suficiente para influenciar na interpretação de todo o subsistema jurídico; já o segundo - em sentido diametralmente contrário - entende que é comum que normas com forte carga axiológica funcionem frequentemente como princípios, uma vez que esses valores sempre são levados em consideração na aplicação de outras normas relacionadas, sendo irrelevante a estrutura apresentada pelo dispositivo da norma, uma vez que dissocia o conteúdo de uma norma de seu dispositivo. Assim, "valores

seriam meros conteúdos axiológicos, que se diferenciam dos princípios pela absoluta ausência de um mandamento" (MÖLLER, 2011, p.235).

Por outro lado, vislumbra-se que o alargamento do alcance de sentido para o termo princípio possibilita, por sua vez, em uma amplitude do âmbito de alcance do próprio direito. Assim ter-se-ia pelo menos duas perspectivas distintas: 1ª) alcance dos princípios, e por consequência, do poder jurisdicional, às mais diversas áreas; 2ª) termos abertos presentes nos princípios permitem que dentro de um mesmo enunciado possa ser incluída uma gama amplíssima de considerações morais ou subjetivas. Essa constatação é identificada por Max Möller, nos seguintes termos:

Diretamente relacionado com a possibilidade de ampliação das matérias possíveis de conhecimento judicial através da ampliação do campo de juridicização a partir dos princípios, tem-se como consequência inexorável da presença dos princípios nos ordenamentos uma possibilidade cada vez maior de controle jurídico das decisões políticas (...) Em razão da ausência de regras claras sobre os limites de atuação judicial e diante de um momento de 'transição de estruturas normativas' - de um modelo simples de regras do Estado liberal a um modelo de regras e princípios do Estado constitucional - observa-se, ainda, uma clara disputa ideológica travada na doutrina e na jurisprudência em relação às possibilidades dos princípios. É perceptível atualmente a existência de uma clara disputa entre correntes jurídico-filosóficas que defendem um determinado papel aos princípios como guias de conduta de toda a atividade política, jurídica, administrativa e privada, de forma que, por consequência, não existam mais matérias externas ao direito. De outro lado, há os que adotam postura mais restrita em relação às possibilidades dos princípios; preocupados em defender a função epistêmica do direito, consideravelmente afetada pelos princípios (MÖLLER, 2011, p.219-220).

Entre os doutrinadores que adotam a postura ampla de utilização de princípios, está Ronald Dworkin, que sustenta uma ligação necessária do Direito com uma moral sobrejurídica. Tal doutrina, já um tanto dissociada do *iusnaturalismo*, mas que recupera a força através das importantes críticas feitas ao positivismo jurídico, acaba por sustentar uma forte confiança na capacidade do intérprete-juiz de captar essa justiça imanente que circunda as normas do ordenamento jurídico, bem como trazê-las para a decisão judicial mais acertada a cada caso concreto. Em resumo, a discussão traz à lume questão palpitante sobre a possibilidade ou não da existência de princípios não escritos ou não positivados.

Ao tratar sobre o assunto, Max Möller enfatiza que,

(...) Associado a essa forte carga axiológica e à justificação interna que possuem os princípios, autores como Dworkin sempre valeram-se dessa peculiaridade dos princípios como norma jurídica afim de atacar o positivismo jurídico na tese da não conexão necessária entre o direito e a moral. Dworkin, por exemplo, refere-se aos princípios jurídicos como princípios morais. A partir do posicionamento antipositivista no sentido de que a origem dos princípios é a moral, e não o direito; direito e moral estariam necessariamente conectados através dos princípios. Entretanto, em nossa opinião, a proposta de Dworkin, que transforma os juízes em instrumentos capazes de fazer sempre uma leitura moral do direito, emitindo sempre soluções moralmente corretas ou aceitáveis - tal como se afirmava a respeito a algumas teses - não supera qualquer teste empírico. Assim entendemos porquanto, (...), soluções que envolvem aspectos morais demandam em regra "a única solução correta", e decisões judiciais sobre o mesmo caso são, frequentemente dissonantes. Segundo nosso exposto posicionamento, ainda que argumentos morais possam ser aceitos caso incorporados à regra de reconhecimento, é a autoridade e hierarquia do julgado o elemento revelador do sentido jurídico dos princípios (MÖLLER 2011, p. 226).

Para o referido autor, os princípios jurídicos são, portanto, aqueles reconhecidos pelo ordenamento, seja por meio de uma positivação pelo legislador, seja por meio de sua incorporação através da prática judicial consolidada, pois somente com a associação do direito à institucionalidade/autoridade se faz possível conferir eficácia a estas normas, ainda que a decisão adotada não seja a melhor possível. Ou isso, ou reconhecer, como faz Dworkin, que todos os intérpretes possuem a capacidade do juiz - Hércules: onipotente e infalível. Assim sendo, não é possível realizar os fins substantivos (morais) previstos no ordenamento se não o dotamos de eficácia, logo, a melhor solução possível deve ceder lugar a solução mais aceitável proposta pela autoridade, ao menos que se encontre uma fórmula melhor.

Noutro turno, no que concerne a aplicação dos princípios no sistema jurídico, tem-se que o único entendimento pacífico na doutrina sobre o tema é que tanto princípios como regras são normas, haja vista que estas são produtos da interpretação dos dispositivos do ordenamento. Nesse sentido, assevera Humberto Ávila (2004, p.22): "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos". Portanto, pode-se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.

A prova de que normas não são textos, mas interpretação sistemática está na construção dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Para Luiz Henrique Uquhart Cademartori (2006, p.113), "os princípios que operam, em última análise, como balizadores do controle jurisdicional sobre a atuação discricionária estatal são, basicamente, os da razoabilidade e proporcionalidade"³⁰.

No que se refere às funções e características dos princípios na contemporaneidade, pode-se dizer que eles ainda têm a função de integrar lacunas, não da lei, mas do direito. Nesse sentido, Lênio Streck, afirma que:

Cabe, neste ponto, um alerta necessário: não se pretende, por óbvio, aqui, defender a tese do dogma da completude do Direito. Entretanto, o que deve ser colocado é que, da forma dogmática como a maior parte dos doutrinadores brasileiros aborda a problemática das lacunas, não há, logicamente, espaço para a existência das mesmas. (...) Aliás, a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador, e também como sustentáculo ao Direito, visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve, igualmente, como argumento demi(s)tificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos do art. 4º da LIC (...), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completável, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico (STRECK,1999, p.85).

Logo, somos levados, pelo autor supracitado, ao entendimento de que não existem lacunas técnicas, no sentido legal do termo, sendo todas elas axiológicas.

Por oportuno, é importante frisar que a concepção hermenêutica de Lênio Streck não se fundamenta no conceito clássico de interpretação, mas em uma tentativa de aproveitar o melhor da corrente *iusnaturalista* com a positivista por meio de um agregado que compreende a junção de uma hermenêutica atrelada à linguagem e à filosofia. Para o referido autor, a hermenêutica tradicional já não é suficiente para a resolução de tais conflitos, sendo necessário uma outra forma de interpretação e aplicação do direito que advenha de uma perspectiva também filosófica e intersubjetiva dos fatos que rodeiam os intérpretes e aplicadores da norma jurídica como superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

³⁰ Analisaremos no próximo capítulo que tais princípios atuam como limitadores do poder de atuação dos magistrados em sede de controle jurisdicional de políticas públicas.

Em suas palavras:

(...) as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo da operacionalidade - incluindo aí doutrina e jurisprudência - ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e ou refratários à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de "essências" e "corretas exegeses" dos textos legais (STRECK, 1999, p. 16).

Lênio Streck acredita que o momento é oportuno para a elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional, a qual encontra-se assentada no "paradigma objetificante da filosofia da consciência". A solução para a aplicação desse novo direito constitucional que demanda a aplicação de princípios e de regras axiológicas está nos "aportes aproximativos da semiótica (teoria geral da significação) e da hermenêutica filosófica (...), pela qual o horizonte de sentido é dado pela compreensão (Heidegger) (...) onde a interpretação faz surgir o sentido" (STRECK, 1999, p.16-17).

O grande problema da teoria crítica hermenêutico-filosófica de Streck é que ela não aponta soluções para o devido ajuste do sistema jurídico em face de cuidados concernentes às exigências substantivas que o próprio Direito contém. Tal ponto de tensão exige formas nem sempre inteiramente antecipáveis de ajuste e acomodação, sem contar que dotar os magistrados de poder incondicionado de interpretação seria também dizer que a democracia constitucional estaria amparada em um governo de juízes, o que não se pode aceitar, dado que, como vimos anteriormente, a soberania é da Constituição e não de um poder (função) por ela constituído.

Outra questão palpitante a ser desvendada pela hermenêutica moderna está no papel dos princípios como mandados de otimização. Apesar do nome, possuem elementos que os distinguem da aplicação que comumente se dá aos princípios gerais e também aos constitucionais.

Assim, princípios como mandados de otimização atuariam apenas como diretrizes para atingimento de metas, e por não envolverem apenas aspectos normativos, mas também possibilidades fáticas, não haveria como se estabelecer, segundo Alexy (*apud* MÖLLER, 2011, p. 247) um "grau de determinação de

suficiência sobre o cumprimento da obrigação", devendo tais planos serem cumpridos "no maior grau possível".

Segundo o ensinamento de Max Möller,

Os princípios como mandados de otimização, em razão de sua estrutura peculiar, provavelmente sejam a espécie de mais fácil identificação dentre as normas jurídicas. No caso, apresentam um suposto fático claro, de forma que permitem identificar de alguma maneira os sujeitos a quem se dirige a norma - obrigado e o beneficiário -, assim como deixam o bem jurídico que pretende tutelar. Todavia, pode-se dizer que sua aplicação é inversamente proporcional à facilidade de sua identificação, uma vez que estas normas não mencionam os meios para atingir tais resultados e, tampouco, o grau de prestação necessário para considerar cumprida a obrigação (MÖLLER, 2011, p. 247).

No plano da legitimidade, Atienza e Manero, mencionam que:

(...) o cumprimento de diretrizes seja assunto centralmente encomendado aos órgãos com legitimidade democrática (o legislador e os órgãos do poder executivo) e que o controle judicial, a este respeito, limite-se a aqueles casos em que tais órgãos adotem decisões ou empreendam cursos de ação nitidamente opostos à obtenção dos estados de coisas ordenados (ATIENZA E MANERO, *apud* MÖLLER, 2011, p. 249).

Outra forma de aplicação dos mandados de otimização está em servir de apoio à decisões normativas que ferem outras normas jurídicas do ordenamento. Na lição de Max Möller,

A presença de mandados de otimização apoiando decisões políticas empresta a tal decisão força axiológica para fundamentar a eventual lesão a outros bens jurídicos. Tal seria o caso da dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma que reduz a autonomia empresarial, mas que está destinada a tutela do pleno emprego. Funcionam, assim, como importantes razões argumentativas em favor da constitucionalidade de legislação que tenha por finalidade realizar seus objetivos, ainda que em certo grau venham a lesionar outros bens jurídicos (MÖLLER, 2011, p. 249).

Chega-se a conclusão de que o mandados de otimização diferenciam-se de princípios pelo fato de funcionarem como instrumentos de justificação para as decisões de governo e também como diretrizes para tomada de decisões políticas no plano de elaboração de políticas públicas.

Por fim, evidencia-se um cenário cada vez mais intrincado para o intérprete-juiz que, ao deixar a posição de mero "boca da lei" para assumir uma atitude ativista, terá que superar o grande desafio de apreender as peculiaridades de um sistema que deixa de ser unicamente jurídico para se tornar jurídico-político. O principal reflexo dessa mudança é o confronto do magistrado com situações de alta

complexidade que a hermenêutica clássica e a filosófica ainda não foram capazes de solucionar.

2.4 ÂMBITOS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM SEDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: FASES DE ELABORAÇÃO E DE EXECUÇÃO DOS PLANOS DE GOVERNO

Neste último tópico do segundo capítulo, a análise se direcionará para os âmbitos de atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas. O objetivo é o de identificar se a jurisdição constitucional interfere de alguma forma nas fases de elaboração e de execução dos planos governamentais tendentes à efetivação dos direitos de fundamento constitucional, bem como os efeitos da intervenção dos magistrados nesse campo.

A interferência do Poder Jurisdicional na fase de execução de políticas públicas é notória e inconteste do ponto de vista da doutrina e da jurisprudência. Vejamos o ensinamento de Eduardo Appio sobre a função do Poder Judiciário:

O papel do Poder Judiciário não é o de formulador (criador) de novas políticas públicas, mas sim de fiscalizador da fiel execução de políticas já traçadas nas leis e na Constituição, além das políticas desenhadas pela própria comunidade envolvida, como por exemplo pelos Conselhos Municipais e estaduais dos Direitos das Crianças e Adolescentes, dos Idosos, da Saúde e Segurança Pública (APPIO, 2008).

No que concerne à intervenção dos magistrados na fase de elaboração de políticas públicas - mesmo que de forma reflexa -, a opinião já não é unânime. A posição do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a política pública não poderia ser formulada pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, é esclarecedor o acórdão do STJ em sede de Resp. 63.128-GO, relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJ de 20.05.1996. A ação civil pública havia sido proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Goiás no intuito de obter provimento que determinasse a construção de abrigos para adolescentes infratores, tendo a ação sido extinta sem julgamento do mérito no primeiro grau. O STJ referendou esta posição, sob o argumento de que a política pública não poderia ser formulada pelo Poder Judiciário (APPIO, 2007, p.168).

Noutro turno, o posicionamento mais representativo sobre a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do Supremo Tribunal Federal, em face da análise da ADPF 45-9. Na decisão monocrática do ministro Celso de Mello, este se pronunciou nos seguintes termos:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto — consoante já proclamou esta Suprema Corte — que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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 do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello) (grifamos).

Logo, não se pode afirmar, categoricamente, que os magistrados têm a incumbência de planejar políticas públicas. Como visto no relato supra e no primeiro capítulo desta obra, tal incumbência é do Poder Executivo que, auxiliado e fiscalizado pelo Poder Legislativo, direciona esforços e recursos (financeiros, de pessoal e produtos) para a realização dos objetivos de Estado.

Entretanto, também não se pode negar que a atuação de jurisdição constitucional interfere, senão de forma direta, pelo menos reflexamente, na fase de elaboração de políticas públicas, principalmente em face de duas razões, uma de caráter mandamental e a outra de ordem interpretativa.

No que concerne aos argumentos de razão mandamental³¹, tal efeito decorre da própria sentença que, ao considerar a existência de um direito

³¹ Encontra-se em PONTES DE MIRANDA a informação de que "Desde 1914, com o trabalho de GEORG KUTTNER (Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses, 21, s., 3, s.) alguns juristas se preocuparam, não todos, nem mesmo muitos, com a ação mandamental". Dentre os que se preocuparam verdadeiramente com esse tema, destacou-se JAMES GOLDSCHMIDT. GOLDSCHMIDT, cuidando da "acción de mandamiento", cita essa mesma obra de KUTTNER como única fonte bibliográfica sobre a matéria e a define dizendo: "La acción de mandamiento se encamina a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado, por medio de la sentencia judicial". E, de fato, mostra-se esse aspecto como sendo a principal característica das ações mandamentais (MESQUITA, 2013?, p.2).

constitucional não assegurado pelo Estado, obriga-o ao provimento. Pode-se citar como exemplo dessa afirmação ações cujo pedido envolve o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes ou a imposição ao Poder Público de prestação positiva decorrentes do direito fundamental à saúde.

É importante deixar claro que a Constituição somente assegura direitos; porém não informa ao Poder Executivo a forma de implementá-los. Tal tarefa exige do administrador planejamento estratégico, o que compreende a alocação de recursos financeiros, de pessoal e instrumental para a consecução dos objetivos de Estado. Ocorre que, em muitos casos, o orçamento é insuficiente para que o planejamento seja realizado de forma completa, impossibilitando que a demanda seja atendida em um único período governamental.

Para facilitar a compreensão da afirmação supracitada, tomar-se-á como exemplo um caso fictício de uma cidade do nordeste do Brasil que não tem hospital. O prefeito eleito, para cumprir sua promessa eleitoral e com fito na ordem constitucional de que a "saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196 da CR/88), resolve direcionar esforços para construção do referido prédio. Depois de quatro anos de mandato, o local é inaugurado, porém não há médicos, enfermeiros ou mesmo medicamentos para que o serviço seja prestado. A questão é levada pelo Ministério Público ao conhecimento do Judiciário, por meio de ação civil pública, cujo pedido é a implementação do serviço, alegando-se, entre outros, falha na execução da política pública.

Ocorre que, do ponto de vista administrativo, o planejamento para implementação do serviço de saúde ainda não terminou, por vários fatores, sendo o principal a insuficiência de recursos orçamentários que tornasse viável o andamento, de forma paralela e concomitante, de procedimentos tendentes à contratação de pessoal e de aquisição de medicamentos e aparelhagem médica. Tal tarefa, a ser realizada pelo novo gestor não é de simples execução de uma política pública, mas de projeção complexa que envolve processos de licitações e concursos públicos, deslocamento de recursos orçamentários de fontes livres para fontes vinculadas da saúde, entre outras estratégias que devem ser bem pensadas para que outros setores de atendimento não sejam prejudicados.

Por oportuno, não se pode dizer que houve falha na implementação da política pública, haja vista que em nosso sistema os governantes planejam em períodos curtos, de quatro anos em quatro anos. Portanto, qualquer intromissão por parte do Judiciário nessa "nova etapa", será tida com uma intervenção, do ponto de vista administrativo, em sede de elaboração de políticas públicas. Ademais disso, também não se pode dizer que, neste caso, houve má-fé do primeiro gestor, porque a necessidade de um hospital na cidade foi constatada e, a primeira iniciativa para a prestação completa do serviço teria que começar com a construção do referido prédio.

Cabe o registro de que a interrupção ou suspensão de um plano de governo já iniciado, sem justificativa adequada aos princípios da administração pública, enseja, por óbvio, responsabilização do gestor público.

Noutro turno, o argumento de razão interpretativa decorre, por sua vez, do fato de que ao interpretar o texto constitucional o magistrado também "cria o direito"(GRAU, 2009, p.32), e o "reconhecimento dessa técnica de interpretação deixa transparecer que o direito é dinâmico e a norma não fica estática no tempo. É mutável e (...) sofre as influências das transformações da sociedade (DIAS, 2013, p.3).

O reflexo dessa afirmação é a necessidade de conformação e planejamento governamental em razão do que é criado (decidido/interpretado) pelo Poder Judiciário, pois garantias de direitos repercutem diretamente em custos necessários para implementação de políticas públicas.

A esse exemplo, pode-se citar as ações que sedimentaram nova interpretação constitucional ao artigo 226, § 3º da Constituição para estabelecer que o conceito de entidade familiar³² já não está restrito ao casal (homem e mulher) e filhos. A expansão de tal interpretação possibilitou a garantia de direitos

³² O Supremo Tribunal Federal (...) reconheceu às uniões homoafetivas, na data de 05/05/2011, o status de entidade familiar, estendendo a estas relações a mesma proteção destinada à união estável prevista no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal (CF) (...) Quanto às discussões previdenciárias, nenhum óbice existe à concessão dos respectivos benefícios, tendo a Advocacia-Geral da União, no dia 04/06/10, reconhecido antes mesmo do julgamento do STF, que a união homoafetiva estável dá direito ao recebimento de benefícios previdenciários. (Cf. MIRANDA, Cíntia Moraes de. Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20380>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

previdenciários a parceiros homoafetivos, nos mesmos moldes daqueles garantidos aos heterossexuais na união estável.

Cumpramos observar que até a decisão final do Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo não era obrigado a reservar verba orçamentária para cobrir tal despesa, porém o fazia com base em dados oriundos de decisões judiciais anteriores. Segundo Humberto Fernandes de Moura, o impacto até o presente momento só não é maior porque, em âmbito interno administrativo, tal benefício já estava sendo considerado pelo Governo em razão de decisões judiciais prévias. Segundo o autor:

Sem dúvida, o reconhecimento prévio, no âmbito administrativo, mesmo que por força de decisões judiciais prévias, serviu de reforço psicológico à decisão do STF, pois, como dito, a decisão não terá tantas repercussões financeiras como teria em momento anterior. Esse impacto, inclusive, já foi objeto de análise mais detida pelo respeitável (...) Marcelo Caetano, especialista em previdência e pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que fez os cálculos cruzando as informações do instituidor da pensão com o do beneficiário companheiro do mesmo sexo. Segundo ele, a Instrução Normativa no 25 publicada pelo órgão, de junho daquele ano, chegou a alterar a tendência na concessão de pensões por morte do companheiro/a. Caetano ainda estima que, após quase 11 anos de vigência da instrução, haja hoje em torno de 1.700 beneficiários de pensão por morte de cônjuge do mesmo sexo a um custo de aproximadamente R\$ 15 milhões ao ano. Para ter uma ideia do que esse volume significa, em 2010, a Previdência pagou em pensões por morte de uma forma geral em torno de R\$ 54 bilhões. Mas o pesquisador faz a ressalva de que as estimativas podem ser radicalmente modificadas, caso se saiba em algum momento os dados reais da DataPrev (banco de dados da Previdência) (MOURA, 2013?, p.8) (grifamos).

Diante de tais evidências, não se pode negar que o asseguramento de garantias decorrentes de decisões judiciais implica crescente busca por direitos por parte dos cidadãos, o que repercute em realocação de recursos financeiros por parte do Governo. Apesar de os cálculos terem sido auferidos com base em uma projeção - não em dados reais da DataPrev - e o autor da pesquisa considerar que o impacto não fora expressivo, deve-se considerar que para um orçamento apertado como o brasileiro, qualquer valor, por mais irrisório que pareça ser, pode implicar em desequilíbrio orçamentário-financeiro em outras áreas, como a saúde pública que, apesar de ter receitas vinculadas, é carente em face da grande demanda.

Ademais disso, é importante lembrar que as instituições, para realizar os encargos do Estado também possuem os seus custos, que estão muito longe de ser pequenos.

De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Brasil, BNDES, 2000), somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de 2 bilhões de reais, o que equivale a um quarto do montante global do seu gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no mesmo ano, vinte e seis por cento das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa cinquenta por cento ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico. Ainda em pesquisa do BNDES (BRASIL, BNDES, 2000), com a função judiciária o conjunto dos governos estaduais gastou R\$ 9,8 bilhões, enquanto a despesa federal com a mesma função foi de R\$ 6,5 bilhões (dados referentes a 1999).

Noutro turno, a garantia de direitos também gera altos custos. Veja o caso do direito de propriedade que, para ser efetivado, precisa necessariamente de um Poder Judiciário, de um Código Civil e de um Código Penal, de um serviço de polícia judiciária e administrativa, de um sistema de registros de propriedade. Outro exemplo é o direito de voto, que depende de uma legislação eleitoral, de órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições e de recursos para cobrir os custos que envolvem a realização de uma eleição (SILVA, 2002, p. 96)

Logo, a garantia de direitos sociais, por meio da interpretação jurisdicional ou em face dos institutos e instituições que dão suporte a tais direitos redunda em custos que devem ser suportados pelo Estado, e por isso mesmo, a grande importância do planejamento (orçamentário e de gestão) para a realocação eficaz de recursos para fazer frente a um leque de direitos cada vez mais abrangentes.

Por outro lado, não se pode negar que o Estado - ao mesmo tempo em que corporifica institutos e instituições que devem assegurar direitos -, também atua como um dos maiores litigantes perante o Poder Judiciário. A propósito dessa afirmação, cabe a abertura de um parêntese para registrar o estudo de Matthew Taylor sobre a promoção, pelos nove legitimados no artigo 102 da Constituição, de Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor:

(...) os agentes estatais são os mais bem-sucedidos requerentes desse tipo de ações. Federações comerciais e industriais tem 58% (cinquenta e oito por cento) das chances de um ator estatal e os partidos políticos 25% (vinte e cinco por cento)". (...) Mas a busca pelo Judiciário não ocorre apenas por parte de opositores. O governo federal, incluindo autarquias e empresas estatais, é o maior usuário dos tribunais federais (TAYLOR, 2007, p. 53) (grifamos).

Apesar de o estudo não apontar as causas que levam o governo federal aos tribunais, não se pode negar que boa parte dos litígios envolve resistência do Estado em face de direitos de estatura constitucional que vão sendo confirmados com base em novas interpretações judiciais, como demonstrado alhures, sobre o novo conceito de entidade familiar.

Por oportuno, é importante frisar que a iniciativa judicial, mesmo repercutindo na fase de elaboração de políticas públicas, é de revisão; não de planejamento; e deve estar embasada em alguns pressupostos:

[...] a atividade de revisão judicial deve estar assentada nos seguintes pressupostos: 1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa) (APPIO, 2007, p. 168).

Talvez o principal pressuposto dos elencados por Eduardo Appio seja mesmo o respeito ao princípio da isonomia, haja vista que, em muitos casos, a afirmação de um direito fundamental individual à prestação social positiva por parte do Estado pode redundar em violação à norma da igualdade material por parte do próprio Poder Judiciário, ocasionando desequilíbrio. Em suas palavras:

Caso [o Judiciário] assegure o exercício de um direito fundamental individual, através de uma prestação social positiva ainda não implementada e que vise a atender a toda a população, estará afrontando o princípio da isonomia entre os cidadãos. [...] A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fator de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual (APPIO 2008, p. 173).

Essa informação é salutar, haja vista que com base em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, muitos direitos podem ser invocados - a exemplo de implantes de prótese mamária para fins estéticos ou de inserção de cabelos em pessoas com calvície.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de atribuir requisitos mínimos a serem assegurados pelo Poder Judiciário em sede de intervenção em políticas públicas, conforme analisa Ada Pellegrini Grinover:

(...) percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis ministros, é a de que são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (GRINOVER, 2010, p. 17).

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: "A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados" (TORRES, 1990, p. 69-70).

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância (BARCELLOS, 2002, p. 248, 252-253). Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente e o acesso à justiça (ROCHA JUNIOR, 2008, p. 21-24).

A razoabilidade³³, por sua vez, mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados (GRINOVER, 2010, p.19).

³³ Veremos no próximo capítulo que o princípio da razoabilidade, criado pela interpretação sistemática constitucional, funciona como verdadeiro parâmetro de limitação dos atos de todos os Poderes, inclusive do próprio Judiciário quanto este atua em sede de Políticas Públicas.

No que concerne ao argumento da reserva do possível, tem-se que este princípio tem sido interpretado de forma errônea por parte da doutrina, que o restringe unicamente ao aporte orçamentário. No terceiro capítulo desta obra tratar-se-á desta questão de forma aprofundada. Por enquanto, é preciso deixar claro que tal assunto não se restringe à questão meramente financeira ou de planejamento para realocação de verbas públicas, abrangendo também limitações de ordem burocrática, legal e falta de recursos humanos.

Retomando a questão de incidência da intervenção judicial em sede de políticas públicas, é importante mencionar que sua abordagem é necessária para se demonstrar que as decisões do Judiciário, além de incidir diretamente no momento de execução dos planos de governo, também atuam, senão diretamente, pelo menos de forma reflexa no andamento do planejamento governamental. Isso demonstra não só que o poder de intervenção e controle dos magistrados e tribunais superiores é muito maior do que se pode imaginar; mas também que o impacto de uma decisão jurídica equivocada pode resolver um problema e produzir outros tantos. Por isso é que o juiz, para imiscuir-se nessa seara, deve conhecê-la com profundidade. Eis o grande desafio a ser enfrentado pelos adeptos do movimento do ativismo judiciário.

A última observação a ser feita é condizente com a divisão estabelecida no primeiro capítulo sobre o âmbito das políticas públicas que são classificadas por Fernando Aith como de Estado e de governo (AITH, 2006, p.237). Com base nesse dado, pode-se concluir que o termo "controle de política pública" pelo Judiciário está amplamente ligado aos novos nortes que tais decisões podem dar ao próprio Estado. Decisões que possibilitaram a pesquisa em células tronco, que igualaram os direitos de casais homossexuais aos dos heterossexuais na união estável e inclusive quanto ao direito de adoção, são alguns exemplos desse controle jurisdicional advindo da interpretação do Texto Fundamental, que também é a interpretação do mundo moderno e de sua dinâmica.

Assim, a repercussão dessa nova hermenêutica constitucional vai além de implicações meramente orçamentárias; incidindo na maneira como os cidadãos concebem a política, os espaços públicos, ou seja, como compreendem e aceitam as mudanças tidas como imperativos da modernidade.

Por outro lado, não se pode dizer que decisões *inter partes* tenham, de forma isolada, o poder de transformação da realidade, pelo que carecem de instrumentos de maior influência, como a jurisprudência, as súmulas vinculantes e as decisões *erga omnes* dos tribunais constitucionais.

3 LIMITES DO CONTROLE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste último capítulo, tratar-se-á dos limites do controle de jurisdição constitucional de política públicas, abrangendo-se quatro tópicos: 1º) A Constituição como limite máximo à intervenção jurisdicional; 2º) Razoabilidade e proporcionalidade como princípios limitadores da atuação jurisdicional; 3º) Reserva do possível: um limite ou um subterfúgio à intervenção jurisdicional e, por fim; 4º) A discricionariedade do gestor público ainda é um limite à atuação do Poder Judiciário?

Importa salientar que o presente trabalho de pesquisa não tem a pretensão de esgotar o assunto condizente com todas as limitações relacionadas à atividade de decisão dos magistrados e Tribunais em sede de políticas públicas, mas sim de destacar os principais limites, tidos como verdadeiros pilares do sistema constitucional, da democracia e da harmonia entre os Poderes.

Cumpre registrar que o paradigma de abordagem tem na Constituição da República Federativa do Brasil o seu ponto de partida. Acredita-se que a Norma Fundamental brasileira está entre as mais completas do mundo, não somente por ser analítica, mas também por agregar vasta gama de normas fundamentais (coletivas e individuais) e instrumentos que possibilitem que direitos sejam assegurados.

Por outro lado, mesmo sendo o Judiciário o detentor da última palavra em caso de controvérsias relacionadas à aplicação de normas constitucionais, não se pode afirmar que esse Poder seja incondicionado e soberano em face dos demais. A interpretação jurisdicional deve estar fundamentada em critérios que possibilitem aos demais Poderes, de estatura constitucional, um parâmetro de segurança que assegure a autonomia e harmonia entre funções que devem ser enxergadas como detentoras do mesmo respeito e de igual importância para toda a ordem estatal.

Portanto, cumpre ao operador do direito desvencilhar-se de sua roupagem estritamente jurídica para analisar a questão do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas com uma visão sistemática e desprendida do

universo estritamente normativo, haja vista que já foi demonstrado nos capítulos anteriores que com a postura ativista do Judiciário não há mais espaço para alegações de que o campo de atuação dos magistrados seja estritamente jurídico, fazendo parte deste também o político, o social e o econômico-financeiro, parâmetros estes que são corolários de toda decisão que busque a sedimentação da justiça.

3.1 A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE MÁXIMO À INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

O Estado Moderno é produto de uma conformação tripartite que abarca a separação de poderes, a efetividade dos direitos fundamentais e a legitimação do poder por meio de esforços traduzidos em um documento denominado de Constituição. Nas palavras de Pietro de Jesús Lora Alarcón,

Enquanto conformação racional sobre a base da separação de funções dirigidas à efetividade dos direitos fundamentais, o Estado de Direito se assenta numa Constituição, um corpo de normas escritas ou costumeiras que na forma de princípios ou regras formalizam e revelam toda a estrutura estatal, bem como sua organização e funcionamento regular, ao tempo que criam os mecanismos para salvaguardar todas as esferas de autonomia individual e de satisfação das necessidades sociais (ALAROCON, 2011, p.117).

É a Constituição que determina os critérios de validade das leis e de qualquer outra espécie normativa e se impõe globalmente a todas as funções do Estado. Nesta estrutura normativa, os direitos e garantias do cidadão recebem uma proteção reforçada. Assim, mais que uma situação de legalidade, o que se impõe com os movimentos constitucionalista e neoconstitucionalista é uma situação de constitucionalidade permanente, que permita a reprodução da democracia e dos valores sociais mais expostos na Norma Fundamental Superior.

Na lição de Zagrebelsky, o que realmente conta em última instância quando se trata de abordar os grandes problemas jurídicos, é a ideia de direito e da Constituição, sustentando que, às vezes, quando a ideia é particularmente viva e amplamente aceita, pode-se até prescindir das "coisas"; ao que se refere a Constituição da Grã Bretanha (ZAGREBELSKY, 2008, p. 9).

A base de todo Estado necessariamente se acompanha de uma institucionalização jurídica do poder, então, qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, tem Constituição (MIRANDA, 2003, p. 7b).

Nesse quadro, Jorge Miranda distingue duas perspectivas para conhecer o que é uma Constituição: uma material ou institucional e uma formal. A Constituição material corresponde um:

(...) Poder constituinte material, como poder do Estado de se dotar de tal estatuto, como poder de auto-organização e auto-ordenação do Estado. (...) A perspectiva formal vem a ser a disposição das normas constitucionais ou do seu sistema diante das demais normas ou do ordenamento jurídico em geral. (...) A essa perspectiva corresponde um poder constituinte formal ou faculdade do Estado de atribuir tal forma e tal força jurídica a certas normas, como poder de erigir uma Constituição material em Constituição formal (MIRANDA, 2003, p.10-11b).

Noutro turno, além das acepções supracitadas, há que se mencionar que não existe apenas uma proposta teórica para a explicação do que seja uma Constituição. Assim, pode-se registrar a concepção *jusnaturalista*, no sentido de expressão e reconhecimento de princípios e regras de direito natural; a concepção positivista, com significação atribuída por Kelsen, para quem a Constituição é norma positiva através da qual se regula a produção das normas jurídicas gerais. Além dessas, existem as seguintes concepções: decisionista, de Carl Schmitt, como decisão política fundamental ou concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente; sociológica, de Ferdinand Lasalle, para quem se trata de uma soma de fatores reais de poder que regem uma sociedade determinada; e ainda, a marxista, no sentido de Constituição como superestrutura social, como reflexo da infraestrutura econômica (ALARCON, 2011, p.121).

Cumpra o registro de que as diversas tendências sociais em relação à Constituição não são necessariamente antagônicas, entretanto, não há como negar que esse documento reproduz normativamente o estágio em que se encontra a luta entre os diversos atores políticos e econômicos de uma sociedade, ou mesmo de uma decisão sobre a forma de ser do Estado durante um etapa histórica.

Por outro lado, é preciso ter em mente que a conformação constitucional em face de direitos - fundamentais, humanos, sociais, coletivos e individuais - passa pelo crivo do regime democrático. É nesse regime que se encontra uma opção sobre como tomar decisões de significativo alcance social, de

maior ou menor participação dos indivíduos nas decisões estatais e, como contrapartida, à maior ou menor liberdade de atuação de cada um dos Poderes constituídos pela Norma Fundamental.

Para José Afonso da Silva, o regime democrático assume um conceito ativo ou funcional, ou seja, a democracia é um "complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da Sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico (SILVA, 2000, p.128).

No dizer de Alarcon,

(...) O regime político apresenta dois aspectos; um aspecto estrutural e um aspecto funcional. O primeiro seria o governo propriamente dito, as instituições; o segundo; uma força ativa que supõe um fim e uma dinâmica e que dá sentido à atividade de governo. (...) O que nos parece essencial é não perder de vista que a natureza dos regimes políticos vai traçada por dois critérios: o primeiro, o nível real, não apenas formal, de participação popular na produção da ordem jurídica e sua execução; o segundo, a maneira como se estrutura o governo e seus limites (ALARCON, 2011, p.132).

Com certeza, o ponto de maior tensão entre a junção dos critérios de conformação constitucional com os requisitos básicos da democracia seja mesmo a fixação de limites, não somente para o governo, mas para todas as instituições incumbidas de realizar a justiça social, seja por meio de planos, seja por meio de decisões jurídicas, seja por meio de inovação na legislação infraconstitucional. A par dessa realidade, outras questões vão surgindo, principalmente em face dos movimentos constitucionalista que colocam a Constituição em evidência.

Para Stephen Holmes, são muitas as questões que se apresentam quando analisamos as propostas do constitucionalismo e a comparamos com a tradição democrática liberal. Como seria, então, possível conciliar o consenso dos governos com a hipoteca constituída pelo constituinte sobre um consenso futuro? Por que um desenho constitucional ratificado dois séculos antes deve possuir este enorme poder sobre nossa vida atual? Por que uma minoria dos nossos concidadãos deve possuir o poder de impedir emendas à Constituição? O controle de constitucionalidade das leis é compatível com a soberania popular se é baseado sobre uma fidelidade supersticiosa às intenções dos fundadores da nação? (HOLMES, 1996, p. 167, *apud* MÖLLER, 2011, p.137-138).

Por oportuno, é preciso ter em mente que a teoria neoconstitucionalista - a propósito de ser um avanço - também possibilitou grandes mudanças, e a releitura não só de nossa concepção de democracia, mas também de todo e qualquer ramo permeado pelo Direito.

Nas palavras de Eduardo Cambi, o que aconteceu foi que "A Constituição, nas últimas décadas, foi colocada no ápice do ordenamento jurídico, adquirindo força normativa capaz de justificar a releitura de todos os ramos do direito" (CAMBI, 2009, p.17).

Essa releitura possibilitou, entre outras mudanças, o crescente protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, a aplicação direta da Constituição, a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, violação da separação de poderes, desrespeito às decisões das majorias por autoridades não democraticamente legitimadas como os juízes, falta de segurança jurídica sobre as amplas possibilidades de interpretação permitida pela aplicação direta das constituições, etc. Enfim, todos esses debates acima elencados têm ocupado grande espaço na cena jurídica atual em razão dessa mudança na cultura jurídica direcionada à constitucionalização forte de muitos ordenamentos jurídicos (MÖLLER, 2011, p. 15).

Ademais disso - e talvez pelo fato de a doutrina ter-se debruçado sobre a questão somente com olhar fixo nas lentes do estritamente jurídico -, verificou-se que não está sendo considerado nos debates a necessidade de uma alteração substancial na prática jurídica como um todo. Nessa linha, salienta Max Möller, que "não são raras as acusações de falta de critério, de arbitrariedade, de invasão jurídica nas decisões meramente políticas, enfim, de críticas à falta de um modelo onde se destaca um protagonismo judicial" (MÖLLER, 2011, p.15).

A grande dificuldade que se tem observado no trato das intervenções de jurisdição constitucional nos atos dos demais Poderes estabelecidos na Constituição está na falta de limites à atuação dos magistrados, tema que tornou-se tabu para boa parte dos doutrinadores que discorrem sobre o assunto.

No caso nacional, parece que o ímpeto pela implantação de um modelo neoconstitucionalista ainda ressona-se do desenvolvimento de uma teoria mais consistente para a aplicação deste arquétipo, principalmente no que se refere à adequação de nosso sistema de controle de constitucionalidade combinado com as inúmeras possibilidades interpretativas que nos permite a Constituição.

Entretanto, é possível verificar em outros ordenamentos que muitos sistemas buscam proteger o poder político de decisões judiciais a partir do estabelecimento de regras para a judicialização do conteúdo da Constituição, reservando atos sobre os quais é inviável o controle judicial e quais partes da Constituição ainda permaneceriam como diretrizes a orientar as ações políticas. Sobre essa questão, Max Möller explica que,

Em muitos desses casos, na busca de uma estabilização das relações jurídicas, reservam a determinados tribunais a tarefa de interpretar a constituição, concentrando o exercício da jurisdição constitucional. Concentram, portanto, em Cortes Constitucionais, a decisão sobre questões que envolvam interpretação ou mesmo definição do teor de matérias constitucionalmente positivadas, de modo a garantir uma interpretação que siga uma linha de coerência, ou mesmo visando a estabilizar as relações jurídicas, uma vez que o conteúdo aberto das normas constitucionais comporta uma série infindável de interpretações (MÖLLER, 2011, p.16).

Há sistemas que igualmente se preocupam com a estabilização das relações jurídicas e com a coerência na interpretação da constituição, esse é o caso dos modelos *common law*, cujos mecanismos de estabilização são construídos a partir de sua própria tradição jurídica, que sempre observou as bases do que hoje conhecemos como teoria neoconstitucionalista. Para Max Möller, isso é possível porque tal sistema parte de sólidas premissas de divisão de competências, mútuo controle e respeito à hierarquia de órgãos constitucionais legitimados, constituindo-se em modelo para o qual acabaram migrando os sistemas jurídicos que antes se caracterizavam por concentrar na lei todas as fontes do direito. Exemplo claro dessa prática está no respeito aos precedentes, na hierarquização clara entre os tribunais, no respeito às competências das demais instituições e na cultura de exame da construção de sentido jurídico a termos abertos (MÖLLER, 2011, p.17).

A abordagem levada a efeito pelo autor supracitado nos remete, novamente, a identificarmos a falta de uma teoria coerente e própria para a aplicação do modelo constitucional ao sistema brasileiro. Talvez o ponto de partida para o estabelecimento de um equilíbrio seja mesmo a identificação de limites para a

atuação dos juízes e tribunais. Assim, a primeira limitação não poderia ser outra, senão à própria Constituição.

O parâmetro limitador da Constituição em face dos demais Poderes, inclusive do Judiciário, decorre do conceito de soberania constitucional. Nesse sentido,

(...) a soberania popular é transportada ao mundo jurídico através da constituição, este sim o instrumento apto a pautar tanto o âmbito jurídico quanto o âmbito político. Retirada a soberania do Poder Legislativo, as relações entre os poderes partem de uma situação de igualdade pela constituição. Com isso, abre-se campo para uma relação diferenciada entre os poderes. Da mesma forma que todos devem agir - política ou juridicamente - de acordo com a constituição, é também possível que exerçam controles uns em relação aos outros. Assim, nenhum poder detém soberania, todos são limitados e dotados de competências, passando suas atividades a ser identificadas segundo um critério legal, e não mais orgânico ou de proveniência. (...) Se no Estado legislativo o direito somente existia a partir da lei, ou seja, se produto de uma decisão política, no Estado constitucional - pelo fato de ter na constituição seu documento político e jurídico máximo, sendo atribuição desta limitar e definir competências, inclusive do processo político -, temos uma relação de condicionamento da política ao direito. (MÖLLER, 2011, p. 211).

Por outro lado, quando se parte de um modelo de Constituição como marco político e jurídico de um Estado, é possível verificar que direito e política limitam-se mutuamente, sendo absolutamente necessário à legitimação jurídica para a manifestação política. Em razão disso é possível afirmar que o Estado constitucional tem seu foco principal na ideia de competência e, esta, por sua vez, é inexoravelmente relacionada a limites jurídicos. Nesse ponto, o referido doutrinador acrescenta:

O problema que se apresenta, em nossa ótica, está no fato de que na tarefa de analisar a juridicidade de decisões políticas, os intérpretes - sejam eles pertencentes ao Poder Judiciário ou outros órgãos, tal como os tribunais constitucionais - frequentemente enfrentam conceitos políticos; correndo o risco de, em nome de um controle de constitucionalidade, imponem suas próprias convicções políticas, algo a que não estariam democraticamente legitimados. Tal problema, conhecido como ativismo judicial, é grave em determinados ordenamentos; mas de forma alguma apresenta-se como incontornável. O problema, (...) parece estar na necessidade de uma construção de uma sólida cultura constitucional (MÖLLER, 2011, p. 212-214).

Desta feita, como evitar que os intérpretes juízes, ao analisar a aplicação da Constituição, interpretem e apliquem o direito segundo suas próprias convicções? Para parte da doutrina, a resposta está no fenômeno chamado de *judicial self-restraint*. Sérgio Alexandre Cunha Camargo explica que tal termo surgiu

de uma situação fática analisada pela Corte norte-americana, diante de lei estadual que limitava a liberdade de expressão, tornando crime manifestações que incitassem a tomada do poder nos Estados Unidos, foi dito que quem deve ponderar os fatores relevantes e avaliar que interesse, e em que circunstâncias devem prevalecer, não pode ser o Tribunal, visto não serem corpos representativos da vontade popular. Assim a responsabilidade primária pelo equacionamento dos interesses concorrentes necessariamente pertence ao Legislativo (CUNHA CAMARGO, 2005). Sobre esta questão, afirma o referido autor que,

(...) as decisões judiciais que afastam as opções políticas do Legislativo e do Executivo, só se legitimam na medida em que se amarram firmemente na Constituição. Toda vez que o julgador sob o pretexto de dar cumprimento à Constituição, substituir o mérito administrativo do ato do legislador, pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade (CAMARGO, 2005).

Nesse caso, o Judiciário somente poderia pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, quando, após a exaustão de todas as suas possibilidades exegéticas, resultar evidente a sua incompatibilidade com a Constituição.

Por outro lado, o problema enfrentando no campo das políticas públicas não se resume à interferência do Judiciário na análise da aplicação - ou não - de normas infraconstitucionais, vai além, alcançando a elaboração e execução dos planos de governo e até mesmo decisões *interna corporis* do Congresso Nacional.³⁴

³⁴ Plenário do STF cassa liminar sobre apreciação do veto ao projeto de lei dos royalties. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) cassou a liminar concedida pelo ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança (MS) 31816, no qual se questionava a apreciação, pelo Congresso Nacional, do veto parcial da presidenta Dilma Rousseff ao Projeto de Lei 2.565/2011 (convertido na Lei 12.734/2012), que trata da partilha de royalties relativos à exploração de petróleo e gás natural. A decisão do STF foi pelo provimento do agravo regimental, interposto pela Mesa do Congresso Nacional, no qual se questionava a medida liminar. No julgamento do Plenário, o relator do processo, ministro Luiz Fux, manteve a posição firmada na liminar, pela qual o veto parcial ao Projeto de Lei 2.565/2011 só poderia ser apreciado após todos os vetos pendentes de apreciação no Congresso Nacional fossem analisados, em ordem cronológica. Seu entendimento se sustenta na regra prevista no parágrafo 4º do artigo 66 da Constituição Federal, segundo a qual o veto presidencial a um projeto de lei deve ser apreciado pelo Congresso Nacional em sessão conjunta no prazo de 30 dias do seu recebimento. O descumprimento sujeitaria o Congresso à inclusão do veto na ordem do dia, sobrestando a apreciação das demais proposições. No mesmo sentido do relator, votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa. Acompanharam a divergência aberta pelo ministro Teori Zavascki, ao dar provimento do agravo regimental e cassar a liminar, os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Divergência O ministro Teori Zavascki, ao abrir a divergência na votação, sustentou que, quanto aos pontos do regimento comum do Congresso Nacional supostamente descumpridos, a jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que esses assuntos são questões *interna corporis*, imunes ao controle judicial. No que se refere às cláusulas constitucionais que disciplinam a apreciação de vetos, Teori Zavascki disse ter razão

Só para se ter uma ideia, em decisão recente do Ministro Luiz Fux, em mandado de segurança nº 31816, o qual se questionava a apreciação, pelo Congresso Nacional, do veto parcial da presidente Dilma Rousseff ao Projeto de Lei nº 2.565/2011 (convertido na Lei nº 12.734/2012, que trata da partilha dos *royalties* relativos à exploração do petróleo e gás natural) o ministro se manifestou de forma contraditória ao afirmar que "a Constituição determina que, no caso de descumprimento do prazo de 30 dias para votação dos vetos presidenciais, ele deve ser automaticamente inserido na pauta da sessão seguinte, suspendendo a tramitação de outras proposições", no entanto, voltou a dizer que "a liminar não impedia o Congresso de votar outros temas, mas só vetos" (STF, 2013), ao constatar que sua decisão liminar teria interferido na apreciação da lei orçamentária, pois que a não apreciação desta, em tempo hábil, geraria um prejuízo muito maior aos Estados-Membros e aos cidadãos do que o que se quis evitar com a referida decisão monocrática liminar.

Não obstante o exposto, é preciso que as incursões judiciais não sejam pautadas pelo exclusivo voluntarismo dos juízes. Não se duvida da boa intenção dos que militam neste campo, mas os excessos, como visto no exemplo acima, podem conduzir ao arbítrio e à injustiça, causando prejuízos inestimáveis ao sistema como um todo. Uma decisão judicial sem lastro no sistema, nos dizeres de Daniel Sarmento, trata-se de um "decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo" (SARMENTO, 2006, p. 200).

Verifica-se que o Judiciário, nesse novo contexto de Estado, fundado na supremacia da Constituição - apesar de ter se posicionado como ativista -, ainda não tomou consciência da responsabilidade - e dos próprios limites - de sua intromissão, sem levar em consideração que o sistema é um todo complexo, sendo

o relator Luiz Fux ao apontar o seu descumprimento. Mas Zavascki observou que, por outro lado, a manutenção da liminar criaria sérios problemas para a atividade legislativa, uma vez que a imposição do sobrestamento a que se refere a Constituição Federal diria respeito a todas as proposições legislativas, não apenas os vetos presidenciais. "Segundo as informações colhidas no processo, trata-se de descumprimento reiterado e antigo, a ponto de se ter atualmente pendentes de apreciação mais de 3 mil vetos, alguns com prazo vencido há 13 anos", afirmou. Para o ministro, uma rígida aplicação dos princípios constitucionais invocados no MS 31816 com eficácia *ex tunc* (retroativa) resultaria em um futuro caótico para atuação do Congresso Nacional, pois implicaria paralisar qualquer nova deliberação, e ainda lançaria um "manto de insegurança jurídica" sobre todas as deliberações tomadas pelo Congresso nos últimos 13 anos. NOTÍCIAS STF - quarta-feira, 27 de fev. de 2013. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098&caixaBusca=N>>. Acesso em 19 de mar. de 2013.

que os reflexos de decisões desastrosas acabam por contrariar a própria Norma Fundamental, a qual enfatiza a necessidade de independência e harmonia entre os Poderes por ela constituídos (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, artigo 2º).

Por outro lado, e embora não se duvide que administradores e legisladores detenham legitimidade para realizar a interpretação constitucional, compete ao Poder Judiciário proferir a última palavra sobre o sentido e alcance dos princípios e regras constitucionais. A propósito dessa afirmação, cabe a menção de que "A legitimidade judicial decorre do próprio mandato constitucional recebido, de sua função contramajoritária e, em especial, do caráter preferencial dos direitos fundamentais" (FONTE, 2009, p.34).

Logo, a afirmação de que o Judiciário está limitado pela Constituição não significa que o controle de políticas públicas seja uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes³⁵, mas que toda incursão de magistrados ou tribunais constitucionais deve respeitar regras básicas para se preservar a harmonia entre as funções precípuas do Estado.

Assim, a primeira regra limitadora da ação, não somente do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo é a obediência à soberania constitucional, pois é a

Constituição que determina a forma de ser do ordenamento, condicionando a tarefa do legislador na produção dos textos normativos. Essa atribuição se realiza por várias vias. De início, a Constituição determina quais os órgãos encarregados da produção das demais normas do ordenamento e suas competências materiais; logo, é o documento que origina a revogação ou recepção das normas criadas com anterioridade a seu surgimento (ALARCÓN, 2011, p.123-124).

No caso do Brasil, apesar de a Constituição da República ser um documento classificado como analítico, pode-se verificar que a delimitação de competências não é taxativa, e nem poderia ser, haja vista que se assim o fosse,

³⁵ Sobre a suposta violação ao princípio da separação dos poderes, de há muito se entende que é descabida a afirmação de que as funções estatais sofrem estrita especialização funcional. De fato, regra geral, os poderes devem seguir sua atividade principal, mas nada impede que os mesmos incursionem nas atividades dos demais. O princípio da separação dos poderes não é e nem precisa ser de um rigidez inquebrantável para servir a sua principal função: conter o arbítrio. Pelo contrário, sua aplicação cega pode acabar tendo função inversa. Note-se, ademais, que não se trata de uma revogação do princípio, mas sim de sua derrogação pontual. O Poder Judiciário não estará habilitado ao controle irrestrito de qualquer política pública, mas sim somente em relação àquelas sensíveis aos direitos fundamentais (FONTE, 2009, p.16).

estaríamos fadados ao engessamento de todas as instituições democráticas, inclusive do próprio Poder Judiciário.

Por outro lado, há de se impedir a criação de um "superpoder", suscetível de abusos e de desvios. A concentração de plenos poderes no Judiciário redundaria no monismo do poder, comprometendo o princípio da separação dos poderes que, ao lado dos direitos fundamentais, também compõem o núcleo essencial da Constituição brasileira (art. 60, § 4º, incisos III e IV). A esse respeito, pondera Eduardo Cambi, citando José Joaquim Gomes Canotilho, que

O indesejável governo dos juízes somente pode ser combatido com a diferenciação funcional (legislação, execução e jurisdição), a delimitação institucional de competências e o controle e a interdependência recíprocos entre os diversos órgãos que exercem parcela do poder estatal. (...) A implementação judicial dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o *princípio da subsidiariedade*. Compete ao Judiciário atuar somente como órgão de controle Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou a omissão inconstitucionais, vale dizer, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais (...) Caso contrário, estaria-se depositando no Poder Judiciário uma expectativa que, fatalmente, frustraria, pois a jurisdição constitucional deve ser exercida, tão somente, como uma ferramenta capaz de potencializar o Estado Democrático de Direito. Seus poderes devem cingir a supressão da omissão inconstitucional, orientada pelo *princípio da subsidiariedade* (CAMBI, 2009, p. 201-202).

Cumprir registrar, nesse passo, as críticas de Boaventura de Souza Santos ratificadas por Eduardo Cambi em face de obstáculos que devem ser superados internamente pelo sistema Judiciário para que este assuma, de forma efetiva, sua corresponsabilidade política na efetivação dos direitos fundamentais:

(...) devem ser superados os obstáculos que vêm impedindo que o Judiciário assuma mais efetiva corresponsabilidade política na efetivação dos direitos fundamentais, podendo ser mencionados os seguintes fatores: i) o conservadorismo dos operadores jurídicos (incluindo-se os magistrados), decorrente especialmente da formação universitária dominada por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; ii) o cinismo de uma cultura jurídica que não leva a sério os direitos constitucionais, transformando-os em meras declarações programáticas, mais ou menos utópicas; iii) o desempenho rotinizado na aplicação da justiça retributiva, positivamente hostil à justiça distributiva e despreparado para ela; iv) uma organização judiciária deficiente, precária e com enormes carências tanto em recursos humanos quanto em recursos técnicos e materiais; v) a ausência de previsão orçamentária adequada para promover a eficiência dos serviços judiciários; vi) a falta de administração judiciária profissionalizada, capaz de gerir e planejar a complexa instituição judiciária; vii) a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; viii) a propagação de um direito processual formalista, não voltado à realização, célere, adequada e efetiva, da tutela dos direitos materiais (CAMBI, 2009, p. 203).

Em face das limitações internas que precisam ser superados pelo Poder Judiciário, há outras, estabelecidas, senão pela interpretação constitucional dos próprios magistrados, por parte de uma parcela da doutrina que vem estudando com profundidade a atuação destes no campo das políticas públicas. Importa frisar que tais limitações não devem ser concebidas como uma proibição à atuação dos juízes e tribunais na intervenção/controle de políticas públicas, mas sim como pressupostos de uma decisão comedida, eficaz, sem reflexos - ou com efeitos mínimos de danos - a outros setores de um sistema político-jurídico que deve ser visto, sempre, como um todo.

Entre essas limitações, pode-se citar a aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade; o respeito ao limite extranormativo das políticas públicas; os aspectos que envolvem a reserva do possível e a imutabilidade das políticas públicas vinculantes. Cada uma dessas balizas será objeto de análise, como se verá adiante.

3.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIOS LIMITADORES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

O Estado Democrático de Direito exige que o juiz motive racionalmente as suas decisões, combatendo toda e qualquer decisão baseada na íntima convicção do magistrado, conforme prevê o artigo 93, inciso IX da Constituição da República).

Nas palavras de Tereza Arruda Alvim Wambier,

O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado (WAMBIER, 2007, p. 314).

Noutro turno, o dever de motivação exerce uma função *endoprocessual*, consistente em facilitar a sua impugnação por intermédio dos recursos. Direito de recorrer está assegurado pela garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Tal garantia é fundamental à plena eficácia da tutela jurisprudencial efetiva, na medida em que serve de meio de controle do arbítrio judicial (GRECO, 2008, p.54).

No plano da teoria da argumentação jurídica, pode-se afirmar que os discursos se relacionam com o que Alexy coloca como justificação interna e externa. A primeira, implica controle lógico da decisão; já a segunda, preocupa-se com a dimensão social da primeira (ALEXY, 2001, p.218-291). Por conseguinte, a justificação externa está assentada na argumentação empírica, uma vez que os argumentos jurídicos incluem afirmações - não obstante o discurso jurídico não seja reduzido ao discurso empírico, as formas de argumento práticas e jurídicas se relacionam, ao que a justificação interna se assenta nas regras de autoridade, ou de competência (CAMBI, 2009, p. 339-340).

Assim, o que se busca no contexto de aplicação do direito constitucional é a segurança jurídica com base em um instrumento que assegure, ou pelo menos demonstre a aceitabilidade racional das decisões jurídicas, apoiada pelo discurso jurídico. Aí está a grande dificuldade, haja vista que, contemporaneamente, a aplicação do direito é revestida de grande complexidade decorrente, entre outros, da grande gama de princípios e valores existentes no ordenamento que possibilitam um leque enorme de possibilidades ao intérprete-juiz.

Para Robert Alexy, a teoria do discurso jurídico não é uma máquina capaz de produzir respostas exatas e objetivas ou de atribuir pesos definitivos aos direitos, mas apenas mostra que é possível deduzir argumentos racionais sobre os direitos, em suas palavras:

Em muitos casos a resposta não é clara. A teoria não é uma máquina que nos permita determinar exata, objetiva e definitivamente o peso de cada direito, mas mostra que são possíveis os argumentos racionais acerca dos direitos. E por isto, mais que a inclusão de direitos fundamentais no sistema jurídico conduz a uma conexão entre Direito e Moral (ALEXY, 1994, p.42)³⁶

Conclui-se, portanto, que interpretar também é considerar as consequências das soluções alternativas, antecipando-se as consequências de

³⁶ Tradução literal do original: En muchos casos la respuesta no es clara. La teoria no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales d ellos derechos. Y por esto, muestra que la inclusión de derechos fundamentales em el sistema jurídico conduce a una conexión entre Derecho y Moral.

todas as interpretações encontradas, para somente assim se escolher uma solução que confira ao caso maior efetividade.

Um instrumento criado para viabilizar a interpretação/aplicação do Direito na contemporaneidade é a técnica da ponderação, desenvolvida na Alemanha, a partir da decisão do caso Lüth³⁷. Por este método, concebe-se que a colisão de princípios somente pode ser resolvida pelo balanceamento (ponderação) que não é um risco para os direitos, mas um meio necessário para emprestar-lhes proteção, representando, ainda, não uma alternativa à argumentação, mas uma forma indispensável do discurso prático racional.

Entretanto, há quem defenda que o postulado da ponderação é incapaz de responder qual o peso que deve ser atribuído a cada argumento, haja vista que não há como se determinar quais valores devem merecer maior peso, ou ainda, qual solução há de prevalecer (BARCELLO, 2005, p. 1-3). Aliás, a afirmação da existência de um direito sem limites não existe em um sistema jurídico real, pois as pessoas não estão sozinhas no mundo, não podendo atuar em nenhuma parte sem limitações, ou, em outros termos, tudo vale somente dentro de certos limites (CANOTILHO, 2008a, p.205). Assim, a técnica da ponderação ou de balanceamento é apenas uma parte do postulado - mais abrangente - dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Noutro turno, em dissertação intitulada "Limites e vínculos do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Constitucional", Bárbara Dayana Brasil defende que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

³⁷ Em uma conferência entre produtores e distribuidores de filmes para cinema, Enrich Lüth convocou os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos, após 1945, por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth se referia, especialmente, ao filme *Jud Suss*, considerado o líder da propaganda nazista antisemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, *Amande Imortal*, tendo fundamentado sua decisão no art. 826 do Código Civil Alemão, que proibia o incitamento ao boicote. No entanto, Lüth apresentou queixa constitucional contra esta decisão e a Corte Constitucional Federal Alemã considerou que a incitação a tais filmes estava protegida *prima facie* pela liberdade de expressão garantida no art. 5º da Lei Fundamental de Bonn. A Corte Constitucional procedeu a um balanceamento entre liberdade de expressão e o disposto no art. 826 do Código Civil, pelo qual "aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo". Assim, apesar de considerar que Lüth não poderia evitar o soerguimento de Harlan, como grande diretor de cinema, o qual teria passado por um processo de "desnazificação", e não havia sido condenado criminalmente por nenhum crime de guerra, entendeu a Corte Constitucional que Lüth tinha razão e que o art. 826 do Código Civil Alemão deveria ser interpretado no sentido de dar prioridade ao princípio da liberdade de expressão, em detrimento de considerações institucional colidentes (ALEXY, 1994 p.132-133, apud CAMBI, 2009, p. 451).

"(...) servem como parâmetro para o Poder Judiciário no exercício do controle sobre a Administração Pública, em especial quando se refere às políticas públicas" (BRASIL, 2008, p.136).

No Brasil, tais postulados são muitas vezes tratados como sinônimos (BARROSO, 1998, p.207-209). Sendo, porém, diferenciados para boa parte da doutrina em razão de sua origem e estrutura, como se verá a seguir:

O princípio da razoabilidade, para Moacyr Motta da Silva, está ligado ao caráter do pensamento do homem, segundo o autor,

A palavra razoável deriva de razão, do mesmo campo semântico, o verbo *rer*, que em latim significa pensar, julgar, cuidar, crer. Por isso o pensamento que diz ser o homem um animal racional. Homem razoável é aquele que investiga a relação entre meios e fins. (SILVA, 2004, p. 127).

Para Eduardo Cambi, a regra da razoabilidade surgiu da experiência jurídica norte-americana, amparada na garantia constitucional do devido processo legal em sentido substancial. Quanto à estrutura, a razoabilidade depende da análise entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados (razoabilidade interna), além da legitimidade dos fins (razoabilidade externa). Por isso, a razoabilidade impõe uma condição material para aplicação individual da justiça, dependendo da observância das situações pessoais e individuais antes da determinação das consequências normativas (CAMBI, 2009, p. 463).

Por sua vez, Luiz Henrique Cademartori, ao tratar do conceito de razoabilidade, ensina que "a concepção do que seja razoável em uma determinada decisão de autoridade pública, caracteriza-se como aquilo que contraria certos conceitos", citando como exemplo o *wrong motive* - motivo errado -, e o *improper purposes* - equivalente ao conceito de desvio de poder (CADEMARTORI, 2006, p.114). Já o Professor José Roberto Pimenta de Oliveira, citado por Caio Vinícios de Oliveira, define razoabilidade como,

(...) contexto jurídico-sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites constitucionais em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo aos agentes administrativos que maximizem a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão (OLIVEIRA, 2012, p.2).

Depreende-se da citação anterior, que para o autor a aplicação do princípio da razoabilidade funciona com base nas dimensões de ponderação entre valores principiológicos, jurídicos e morais, em relação a cada caso em específico dos administrados.

Por outro lado, Humberto Bergman Ávila, debruçando-se no estudo do tema, aprofundou sua pesquisa sobre este princípio e com detalhes definiu três acepções que possibilitam sua melhor compreensão, quais sejam: i) equidade, ii) congruência e iii) equivalência. Esta consiste, segundo ele, em um primeiro momento, na harmonização da norma geral com o caso individual. Em suas palavras,

(...) a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional (ÁVILA, 1999, p. 153-154)

Logo, podemos entender que a razoabilidade como equidade significa a harmonização da escolha de uma norma para sua aplicação em um determinado caso em concreto, respeitando-se as peculiaridades específicas deste caso, e ponderando sua utilização de forma a suavizar a colisão da norma com o fato, para otimizar sua aplicação.

Em um segundo momento, Ávila diz que a razoabilidade como equidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal (1999, p.154). Isto significa dizer que a aplicação de uma norma não está vinculada única e exclusivamente à generalidade dos casos de sua abrangência. Sendo assim, entende-se que as regras são elaboradas a fim de regularem casos futuros na vida de indivíduos de uma sociedade, porém, o legislador não consegue prever todos os casos em que a regra terá aplicação, inclusive as exceções em que esta não deverá incidir, momento em que o aplicador do direito deverá observar os fatos conjuntamente com as normas, a fim de verificar qual seria o modo mais razoável de distribuição do direito, podendo até mesmo afastar, caso haja necessidade, a

incidência de alguma delas, a luz do princípio da razoabilidade por equidade (OLIVEIRA, 2012, p. 2).

O princípio da razoabilidade como congruência, segundo Humberto Ávila, deve ser entendido de duas formas, como correlação entre a aplicação de normas e o contexto social em que ela será aplicada, bem como entre a correlação entre o critério de diferenciação e a medida adotada. Em primeiro plano, trabalha-se com a ideia de que não pode a norma regular determinada situação que esteja aquém das necessidades da sociedade, ou que esteja em desconformidade com a realidade social. Em segundo plano, tem-se que fere o princípio da razoabilidade por congruência a diferenciação inadequada utilizada pela norma em relação à medida por ela adotada (ÁVILA, 1999, p. 158).

Verifica-se que o princípio da razoabilidade serve de parâmetro para a observância da isonomia, haja vista que, sendo o meio de diferenciação para a aplicação de norma carente de embasamento lógico, haverá consequente irrazoabilidade na medida que por ela seja imposta.

Por conseguinte, a razoabilidade como equivalência relaciona-se ao fato de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 1999, p. 158). Trabalha-se aqui com critérios de ponderação entre o meio adotado e a finalidade a ser atingida.

Conclui-se, de todo o exposto, que a razoabilidade como equivalência exige uma simetria justa entre uma medida a ser adotada em relação ao fim onde esta será aplicada.

Já o princípio da proporcionalidade decorre da experiência jurisprudencial do Tribunal Alemão. Possui estrutura racionalmente definida, constituída pelo exame de três elementos independentes: i) adequação; ii) necessidade e iii) proporcionalidade em sentido estrito, consistindo em uma estrutura formal de conteúdo neutro e de relação entre meio-fim (ÁVILA, 2001, p.30).

Corroborando com Humberto Ávila, Luís Virgílio Afonso da Silva afirma que a subdivisão do princípio da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade é autônoma e cada um dos elementos deve ser aplicado subsidiariamente à situação de fato (SILVA, 2002, p. 34).

Por conseguinte, o elemento "adequação" se refere aos meios que devem promover uma contribuição para a realização do fim, ou seja, há de se investigar e provar que o ato [ou política pública] é apto para e conforme os fins justificados à sua adoção (CANOTILHO, 2008a, p. 383). Portanto, a adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de, pelo menos, um princípio sem promover qualquer benefício ou finalidade para os quais eles foram adotados, apontado critério negativo à interpretação/aplicação da norma principiológica (ALEXY, 2008, p.588-589).

Pelo critério da necessidade, o intérprete deve perguntar: não há outro meio alternativo menos gravoso e igualmente eficaz para se chegar ao mesmo resultado? Assim, havendo dois meios, igualmente adequados, de promover determinada disposição constitucional, deve ser escolhido aquele que interfira menos intensamente na situação de fato. A aplicabilidade do elemento da necessidade pressupõe, contudo, que não haja um terceiro princípio ou finalidade que seja negativamente afetado pela adoção dos meios, intensivamente, menos interferentes (ALEXY, 2003, p.136).

Luís Virgílio Afonso da Silva sintetiza a questão da seguinte forma: "A diferença entre a análise da adequação e a necessidade é que, enquanto o exame daquele elemento é absoluto, este é imprescindivelmente comparativo" (SILVA, 2002, p.38).

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o elemento exigibilidade ou necessidade é relativo, sendo possível alguns critérios para dar-lhe uma maior operacionalidade prática: a) necessidade material: o meio deve ser mais "poupado" possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial: aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a exigibilidade temporal: pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do Poder Público ou do particular; d) exigibilidade pessoal: significa que a medida deve se limitar à pessoa ou às pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. Importante lembrar que não se pode levar em consideração critérios de necessidade absoluta, mas de necessidade relativa, ou seja, se poderia ser utilizado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos (CANOTILHO, 2008a, p. 383).

Os dois primeiros elementos - da adequação e da necessidade - analisam as possibilidades fáticas de cada um dos direitos fundamentais, dizendo respeito ao que é fática ou factualmente possível. Em outras palavras, não superadas essas duas perguntas, não há verdadeiro conflito entre direitos fundamentais, como assevera José Carlos Vieira de Andrade "exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros. Se o não for, não se trata sequer de um verdadeiro conflito" (ANDRADE, 1976, p. 223, *apud*, CAMBI, 2009, p. 468). Por outro lado, respondidas afirmativamente tais perguntas, ou quando se tem verdadeiramente um conflito entre princípios, passa-se para o terceiro e último questionamento, o da proporcionalidade em sentido estrito.

Na fase de análise da proporcionalidade em sentido estrito deve-se fazer as seguintes perguntas: i) o grau de importância da realização do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? ii) as vantagens trazidas pela promoção do fim justificam as desvantagens provocadas pela adoção do meio? (ÁVILA, 2009, p. 161-162 e 173).

Logo, nesta última fase, há de ser escolhida a solução que, conforme o peso concreto, comprima o menos possível cada um dos direitos fundamentais contrapostos (ANDRADE, p. 136, *apud* CAMBI, 2009, p.469). Em outras palavras, o exame da proporcionalidade em sentido estrito consistem em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente e que justifica a adoção da medida restritiva (SILVA, 2002, p. 40).

Noutro turno, a proporcionalidade em sentido estrito, como elemento da ponderação, pode ser analisada como uma condição negativa - o meio e o fim não podem ficar em uma relação de desproporção - e positiva - os interesses, em contraposição, devem ser ponderados de modo a atribuir a máxima realização a cada um deles (ÁVILA, 2001, p. 16).

Para Eduardo Cambi, a proporcionalidade em sentido estrito, também conhecida como lei do sopesamento, está dividida em três passos:

- 1) avalia-se o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios;
- 2) examina-se a satisfação do princípio colidente; 3) deve-se considerar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio (CAMBI, 2009, p. 469-470).

O referido autor ainda se utiliza de um exemplo hipotético para exemplificar como a avaliação da proporcionalidade deve ser processada:

(...) Vale mencionar o seguinte exemplo hipotético, para bem compreender o exame da proporcionalidade em sentido estrito: se, para combater a disseminação da Aids, o Estado obrigasse todas as pessoas a fazer o teste para detectar infecção por HIV e, ainda, determinasse que todos os infectados tivessem que ficar isolados. Nesta hipótese, poderia se afirmar: a) o meio (obrigatoriedade do exame e do isolamento) é adequado, para a promoção do fim (combate à Aids); b) a medida é necessária, porque, ainda que se cogite outras formas de controlar a enfermidade, nenhuma delas teria a mesma eficácia das medidas escolhidas (obrigatoriedade do exame e do isolamento); c) porém, após ponderação racional, não se pode concluir que tais medidas superam a análise da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a tutela ao direito fundamental à saúde pública (art. 6º, CF) não pode ter um nível maior de proteção que a liberdade e a dignidade humana (artigos 5º e 1º, III, CF) (CAMBI, 2009, p. 469-470).

Verifica-se que a aplicação do postulado da proporcionalidade, apesar de não ser perfeito, no sentido de apontar soluções infalíveis, é um meio adequado para se alcançar uma decisão que se evidencie como a mais correta entre várias possibilidades a serem examinadas pelo intérprete da Constituição, razão pela qual é tido como um elemento limitador da intervenção jurisdicional em políticas públicas. Assim, a técnica da ponderação estaria intimamente ligada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma que a observação da aplicação de tais princípios resultaria em verdadeiro equilíbrio para toda decisão emanada por magistrados ou tribunais constitucionais.

Não obstante os argumentos supra, que demonstram a disparidade entre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, no Brasil, ainda não há um posicionamento concreto acerca da correta definição e aplicação de tais princípios. Há doutrinadores que defendem tratar-se de meros sinônimos:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (MENDES *apud* OLIVEIRA, 2012, p.3).

Neste mesmo diapasão, Luís Roberto Barroso, citado por Virgílio Afonso da Silva, afirma que "é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira" (SILVA, 2002, p.6). Nota-se nitidamente nos trechos acima, que para o autor, os princípios em comento são meros sinônimos, sendo correta em sua visão a utilização terminológica de qualquer dos dois princípios.

Noutro turno, entendemos mais correta a posição teórica empossada por Humberto Ávila, que sustenta que a proporcionalidade

(...) aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (ÁVILA, 2009, p.182).

Ao passo que a razoabilidade deve ser aplicada sob três aspectos:

(...) primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualizadas do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (ÁVILA, 2009, p. 182)

Do exposto acima, a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade consiste no fato de que o primeiro está relacionado ao critério de meio e fim, na medida em que o meio adotado deverá obedecer aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para que a exigência de realização do fim seja atingida. Em contrapartida, o segundo significa a relação de equivalência entre duas grandezas, sendo a razoabilidade uma diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualizadas do caso concreto ou, de outra forma, vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência.

Por fim, cabe a menção de que tanto o princípio da proporcionalidade como da razoabilidade, em se tratando de políticas públicas, tem o mesmo objetivo: atuar como técnica limitadora da interferência jurisdicional afim

de que prejuízos sejam evitados em face de decisões que não considerem os efeitos de cada medida em relação ao sistema jurídico e político como sendo um todo complexo e interligado.

Dentre dessa perspectiva de razoabilidade e proporcionalidade está o atendimento à reserva do possível e as políticas públicas vinculantes, como se verá no próximo tópico.

3.3 RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS CONTRAPONTO: MÍNIMO EXISTENCIAL E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Saúde, educação, moradia, saneamento básico, estradas, transporte público, acesso à alimentação saudável, direito ao lazer... Muitas são as necessidades de um país; e a cada dia elas vão aumentando, assim como a população e a garantia de direitos. Mas, e as receitas? São suficientes para o atendimento de todos esses imperativos? A tese da reserva do possível pode ser considerada como um limite para a intervenção jurisdicional em sede de políticas públicas, ou não passa de um vil argumento para a ineficiência administrativa dos gestores públicos?

A discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada cláusula da reserva do possível foi mencionada, pela primeira vez, em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus*. No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão (MÂNCA, 2007, p.169).

Na análise de Ingo Sarlet, o Tribunal alemão entendeu que,

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2001, p.65, *apud* MÂNICA, 2007, p.13).

Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível (MÂNICA, 2007, p.13).

Desse modo, tal argumento, ao ser transportado para o sistema brasileiro, tem sido usado como principal subterfúgio por parte de gestores públicos para o não atendimento de alguns direitos reconhecidos judicialmente, conforme assevera Osvaldo Canela Júnior:

(...) constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Alega-se, em geral, que o Poder Judiciário não pode conceder direitos cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado. (...) Com efeito, um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. (CANELA JUNIOR, 2011, p.102).

Eduardo Cambi, por sua vez, defende a ideia de que é preciso discutir o momento e em que medida os limites financeiros podem justificar a não realização dos direitos,

Incentivar práticas de protagonismo judiciário é somente uma parte da complexa questão da proteção, pelo poder Judiciário, dos valores consagrados no ordenamento jurídico e da efetivação dos direitos fundamentais. Não basta, contudo, ter apenas vontade de efetivar a Constituição e de transformar a realidade. Tão importante quanto as boas intenções é a possibilidade de o direito vir a ser concretizado, em razão dos custos que gera ao Poder Público e a toda a sociedade. Cabe, pois, discutir quando e em que medida os limites financeiros podem justificar a não realização dos direitos fundamentais sociais (CAMBI, 2009, p. 381).

Nesse ponto é importante abrir um parênteses para uma distinção importante relacionada às normas orçamentárias, qual seja, a diferença entre falta de recursos financeiros e a mera inexistência de dotação orçamentária.

Considera-se dotação orçamentária o "limite de crédito consignado na lei de orçamento para atender determinada despesa"(PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO TESOIRO NACIONAL, 2012). Por sua vez, se a dotação orçamentária não for suficiente, o Executivo poderá suplementá-la com o que se

convencionou chamar de crédito adicional, que pode ser suplementar ou especial; este refere-se a autorização de despesa não incluída nas leis orçamentárias; aquele, a despesa insuficientemente dotada nas Leis de Orçamento (artigos 40 e 41 da Lei Federal nº 4.320/64³⁸). No caso de suplementação ou especialização de créditos orçamentários³⁹, deve ser indicada a origem dos recursos financeiros para a cobertura da despesa, que normalmente advirá do cancelamento - total ou parcial - de verbas destinadas a outros setores/serviços públicos, a critério do Poder Executivo, mediante autorização do Poder Legislativo.

Logo, a inexistência de dotação orçamentária não é, *de per si*, argumento para a não realização de uma política pública, salvo se não houver como cancelar verbas - de forma total ou parcial - destinadas a outros programas sem que isso implique prejuízo ainda maior para a Administração Pública ou mesmo para o cidadão, fato que deve ser avaliado por toda a equipe técnica de planejamento do Poder Executivo.

Outras questões podem ser associadas à teoria da reserva do possível como justificativa para a não implementação de uma política pública, tais como: i) a impossibilidade do realocamento de recursos nas normas orçamentárias vigentes sem que isso redunde em grandes prejuízos a outras políticas setoriais ou programas já em andamento; ii) quando o governo não esteja autorizado a obter recursos financeiros no mercado, pelo alto índice de endividamento da Administração Pública, sob risco de responsabilização do gestor em face da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Federal nº 101/2000); iii) quando não há viabilidade política/econômica de se aumentar os tributos para reforçar as receitas derivadas do Estado e, iv) quando não há como se reduzir despesas, ou seja, realizar política fiscal sem que isso redunde em prejuízo no oferecimento de serviços básicos por parte da Administração Pública. Afora estas causas, a situação não pode ser considerada como de falta de recursos materiais, apesar de que estes não são os únicos meios necessários para uma boa administração, seja ela pública ou privada.

³⁸ A Lei Federal nº 4.320/64 estatui normas gerais para a elaboração dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

³⁹ Importante lembrar que não é permitido a transferência de recursos vinculados - ou seja, os destinados para uma despesa específica como a saúde e a educação - para suplementação ou especialização de outras despesas de fontes diversas, salvo o deslocamento de valores dentro da mesma fonte de recursos ou com recursos oriundos das chamadas fontes livres do tesouro.

Para que uma política pública seja executada de forma plena, torna-se necessário, além de verbas públicas, de recursos humanos, pois a realização dos fins do Estado não está apenas nas mãos dos agentes políticos. Segundo cartilha elaborada pela Procuradoria Geral da União,

A gestão de recursos humanos é uma atividade executada por organizações públicas e privadas com a finalidade de selecionar, gerir e direcionar os colaboradores de uma organização no cumprimento de objetivos e interesses pré-definidos. Os recursos humanos são o componente mais importante de uma instituição. Gerenciá-lo de forma apropriada é fundamental para que ela funcione adequadamente. Nesse sentido, é dever da Administração manter um quadro de pessoal qualificado, motivado e adequado às suas necessidades observando sempre o aspecto da legalidade no que se referem aos atos de gestão de recursos humanos. Nesse contexto, compete à Câmara Municipal fiscalizar a gestão de pessoal, certificando-se da sua lisura e eficiência (O VEREADOR E A FISCALIZAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICO MUNICIPAIS, 2009, p. 32) (grifamos).

Assim, a resposta para problemas como o da saúde pública, por exemplo, não se restringe à construção de hospitais e à aquisição de ambulâncias e medicamentos, mas deve também estar pautada na contratação de profissionais habilitados para a execução desses serviços.

Noutro turno, há casos em que o oferecimento de serviços de qualidade é inviabilizado pela própria legislação que limita gastos da Administração Pública a certos patamares⁴⁰ ou impede que sejam realizados procedimentos de

⁴⁰ Lei Complementar nº 101/2000, Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

(...)

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

(...)

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

contratação em determinados períodos⁴¹, deixando margens apenas para serviços "considerados essenciais"⁴². Verifica-se, nesse caso, que o argumento da reserva do possível também pode estar vinculado a uma dessas hipóteses, e não somente à falta de recursos financeiros.

Por outro lado, não se pode negar que muitas das justificativas baseadas em impedimentos legais são decorrentes da falta de planejamento, principalmente o de longo prazo. Nesse ponto, destaco o seguinte registro:

Se para contratar é necessário planejar, imagine então quando se trata de realizar objetivos tão caros, como a efetivação de direitos fundamentais para uma sociedade que apresenta uma distribuição de renda tão desigual? Esse é o motivo pelo qual precisam ser criados mecanismos para que os governantes, de todas as esferas da Administração Direta e Indireta atuem com uma visão de futuro maior que os quatro anos de governo, que vá além das metas estritamente orçamentárias (ILKIU, 2012, p.767).

-
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
 - c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;
 - d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;
 - II - na esfera estadual:
 - a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
 - b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
 - c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
 - d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;
 - III - na esfera municipal:
 - a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
 - b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

⁴¹ Lei 9.504/97, Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

⁴² Ac.-TSE, de 12.12.2006, no REspe no 27.563: "A ressalva da alínea do inciso V do art. 73 da Lei no 9.504/97 só pode ser coerentemente entendida a partir de uma visão estrita da essencialidade do serviço público. Do contrário, restaria inócua a finalidade da lei eleitoral ao vedar certas condutas aos agentes públicos, tendentes a afetar a igualdade de competição no pleito. Daqui resulta não ser a educação um serviço público essencial. Sua eventual descontinuidade, em dado momento, embora acarrete evidentes prejuízos à sociedade, é de ser oportunamente recomposta. Isso por inexistência de dano irreparável à 'sobrevivência, saúde ou segurança da população'. Considera-se serviço público essencial, para fins deste dispositivo, aquele vinculado à "sobrevivência, saúde ou segurança da população".

Para José Antônio Puppim de Oliveira, a falha no ato de planejar políticas públicas no Brasil está relacionada à ênfase que se dá ao planejamento como forma de se tentar o controle da economia e da sociedade, em vez de vê-lo como um processo de decisão construído política e socialmente com os diversos atores interessados pela decisão com base em informações precisas e na capacidade de articulação e compreensão do processo e dos temas debatidos pelos diversos sujeitos envolvidos (OLIVEIRA, 2006). Essa posição é defendida por Jürgen Habermas (1987, p. 171), que aponta para a teoria da "ação comunicativa" como meio de se interpretar o mundo por meio de uma interação entre o espaço público, o sujeito e a realidade, esta transformada pela intersubjetividade.

A conclusão a que se chega é que um País como o nosso, com gritantes diferenças sociais, com metas constitucionais pesadas e com uma vasta burocracia precisa tomar consciência de que o planejamento de longo prazo é fundamental para que o ritmo dos serviços públicos e demais ações estatais sejam compatíveis com a agilidade e eficiência das atividades desenvolvidas na esfera privada, cuja liberdade de atuação é muito maior. Mecanismos para que isso ocorra precisam ser viabilizados por meio do Direito e não apenas com base na legalidade excessiva, sob pena de um "engessamento" do Estado pela incapacidade de se aliar probidade administrativa com eficiência.

Por conseguinte, não se pode deixar de confrontar o argumento da reserva do possível - falta de recursos humanos, financeiros, limitações legais - com o dever de garantia constitucional denominado de mínimo existencial, pois "toda pessoa possui um direito fundamental não escrito à garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna" (SARLET, 2007, p. 15).

Trabalha-se, pois, com a ideia de mínimo existencial, que, resumidamente, é a essência dos direitos fundamentais, funcionando simultaneamente como sua proteção (HÄBERLE, 2003, p. 58), independente das condições políticas, sociais e econômicas da comunidade a que se pertença. Assim, ao estado impõe-se que se abstenha de violar esse núcleo, seja mediante atos, seja mediante omissões, a fim de não macular a dignidade humana. E é exatamente esta ideia que parece permitir a "constatação da existência de um princípio da proibição do retrocesso social" (CONTO, 2008, p. 85).

Pela teoria geral do mínimo existencial, aos indivíduos são reconhecidos direitos minimamente essenciais representados pelas exigências mínimas, que devem ser satisfeitas pelo estado, mediante prestações sociais que efetivem os direitos sociais. É exatamente aí que se verifica o limite da justificativa a partir da reserva do possível, na medida em que esta só possa ser arguída para justificar o atendimento de preferências, isto é, de necessidades supérfluas, e nunca para justificar a inobservância do mínimo existencial. Ora, se é objetivo fundamental do estado social liberal manter uma sociedade justa e igualitária, então é preciso que, às pessoas, seja materialmente garantida uma igualdade de oportunidades por meio de prestações sociais eficientes. Essas prestações sociais implantadas e oferecidas pelo estado devem atender as exigências mínimas de todos os indivíduos, tenham ou não eles como as satisfazer por si sós (PULIDO, 2007, p.408-409).

Corroborando com a tese da manutenção do mínimo existencial, tem-se outra proibição: a configuração do retrocesso social, o qual decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, e que tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros. Segundo Narbal Antônio Mendonça Fileti,

Propõe-se que assim se exprima o princípio da proibição de retrocesso social: princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social (FILETI, 2009).

Para Humberto Ávila, a proibição do retrocesso é um verdadeiro postulado⁴³ (ÁVILA, 2007, p. 71) que relaciona-se com outras proposições deste tipo, principalmente com o postulado da proporcionalidade, que se apresenta de duas formas: “o garantismo negativo (em face dos excessos do Estado) e o garantismo positivo, no sentido de que o Estado não pode deixar de proteger

⁴³ Os postulados, ao contrário dos princípios, não obrigam ao impulsionamento de um fim, em lugar disso, organizam a aplicabilidade do dever de fomentar um fim; b) os postulados, diversamente dos princípios, não prescrevem de modo oblíquo condutas, mas um "sistema de raciocínio" e argumentação afeto a normas que mediatamente preceituam condutas; c) os postulados, em oposição às regras, não narram detalhadamente condutas, em vez disso, organizam o emprego de normas que o fazem; d) os postulados, ao contrário das regras, não requerem uma atividade de subsunção, em verdade, eles exigem a "ordenação e aplicação entre vários elementos (AZEVEDO, 2008).

determinado direito fundamental” (CONTO, 2008, p. 100). A proporcionalidade é, pois, um postulado de otimização, que se perfaz mediante observância de seus três níveis (ALEXY, 1994, p. 46): adequação, necessidade e ausência de excesso.

O garantismo negativo apresenta-se como a proibição de excesso, e o garantismo positivo, como a adequação e a necessidade de proteção do mínimo existencial, isto é, como a proibição de proteção deficiente. Essa relação pode-se extrair das palavras de Bernal Pulido (2007, p. 807): “na dogmática alemã já é bem conhecida a distinção entre duas versões distintas do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*)”.

Portanto, é possível explicar a proibição de retrocesso social através dos postulados da proibição de proteção deficiente e da proibição de excesso. Pela proibição de proteção deficiente tem-se que o estado, mediante suas prestações sociais (políticas públicas) tem o dever de procurar maximizar o mínimo existencial, ou, por outra, tornar máxima a efetividade dos direitos minimamente exigíveis, de maneira que aquilo que já foi garantido ou concretizado não pode vir a ser suprimido ou limitado por qualquer ato estatal, isto é, não se podem utilizar medidas retroativas, e, pela proibição de excesso, é vedado ao estado utilizar meios de caráter retrocessivo, que, embora não atinjam aqueles direitos que já foram concretizados, possam promover uma involução social, porque houve uma intervenção na sociedade além do que era necessário (BARNES, 1994, p. 510).

Por oportuno, cabe mencionar que o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social no sistema jurídico-constitucional pátrio não está livre de objeções doutrinárias. Listam-se aqui cinco delas:

- 1ª) centra-se na alegação de inexistência de definição constitucional acerca do conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais. Logo, esses direitos seriam indetermináveis sem a intervenção do legislador, cuja liberdade encontraria limites apenas no princípio da confiança e na necessidade de justificação das medidas reducionistas. Contudo, a aceitação dessa concepção outorgaria ao legislador o poder de disposição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, ocasionando fraude à Constituição por violação à própria dignidade humana; 2ª) é a alegada equivalência entre retrocesso social e omissão legislativa. Sucede que, embora correlatas, não há equivalência entre ambas, pois o retrocesso social pressupõe um ato comissivo, formal, do legislador, que venha de encontro aos preceitos constitucionais. Já a omissão, embora censurável do ponto de vista jurídico-constitucional, não se trata de ato sujeito a refutação; 3ª) refere-se ao fato de uma norma infraconstitucional, ao concretizar um

direito social prestacional, passar a ter força de norma constitucional, isto é, ocorre a constitucionalização do direito legal. A tese é rebatida ao argumento de que há possibilidade de um processo informal de modificação da Constituição por meio da ação do legislador, que teria como justificativa a evolução da própria Lei Maior; 4ª) suposta maior força, e, portanto, maior proteção, que seria atribuída aos direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade. Contrapõe-se a afirmação com a constatação de que a Constituição brasileira não estabelece diferenciação substancial entre os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade, conferindo a ambos a mesma proteção; e 5ª) refere-se ao caráter relativo do princípio em face da realidade fática. A concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais não pode dissociar-se da realidade. Assim, o princípio da proibição de retrocesso social não é absoluto, podendo ser, inclusive, objeto de ponderação. Dessa ponderação estará excluída, em regra, a possibilidade de integral supressão da regulamentação infraconstitucional de um direito fundamental social ou de uma garantia constitucional relacionada com a manutenção desse direito. Porém, para além desse núcleo essencial do princípio é admitida a alteração do grau de concretização legislativa (FILETI, 2009).

Apesar das críticas doutrinárias citadas, cabe mencionar que o STF⁴⁴ já reconheceu o postulado da vedação genérica do retrocesso social no plano jurisprudencial, tendo lançado o primeiro pronunciamento sobre a matéria por meio do acórdão prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.065-0-DF, na qual se debatia a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Não obstante o STF não tenha conhecido da ação, por maioria, por entender ter havido apenas ofensa reflexa à Constituição, destaca-se o entendimento empossado no voto do relator originário, Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional e reconhecia uma vedação genérica ao retrocesso social.

Outrossim, cabe o registro, baseado na pesquisa de Narbal Antônio Mendonça Fileti, do reconhecimento da existência do princípio da vedação ao retrocesso no sistema jurídico-constitucional brasileiro pela contribuição de autores como Lênio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Edson Fachin, Juarez Freitas, Suzana de Toledo Barros, Patrícia do Couto Villela Abbud

⁴⁴ Outras decisões do STF trataram do tema da proibição de retrocesso social, como as ADIs nºs 3.105-8-DF e 3.128-7-DF, o MS nº 24.875-1-DF e, mais recentemente, a ADI nº 3.104-DF. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já analisou o tema na Apelação Cível nº 70004480182, que foi objeto do RE nº 617757 para o STJ. A matéria mereceu análise também pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul – Processo nº 2003.60.84.002458-7 (FILETI, 2009).

Martins e José Vicente dos Santos Mendonça, Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli (FILETI, 2009).

No âmbito internacional, o destaque fica para o doutrinador José Afonso da Silva, reconhecido como desbravador do referido princípio, para quem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que, inobstante tenham caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam os órgãos estatais e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos, o que seria um reconhecimento indireto da existência do princípio da proibição de retrocesso social (FILETI, 2009). Controvérsias à parte, não se pode, contudo, negar, pelo menos, a natureza principiológica da proibição do retrocesso social, haja vista o seu elemento finalístico que se traduz, assim como a própria Constituição, em objetivo de concretização dos direitos fundamentais sociais e na permanente imposição constitucional de desenvolvimento de materialização de direitos e garantias.

Em face de todo o exposto, cabe mencionar que o argumento da reserva do possível é, sim, um limite à intervenção jurisdicional; porém, deve ser analisado com sobriedade e dentro dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade de forma a não conflitar com o princípio da vedação do retrocesso e com a garantia assegurada aos cidadãos, pela Constituição, ao mínimo existencial.

No próximo e último tópico deste trabalho, a análise recairá sobre o tema discricionariedade. Tentar-se-á responder se este instituto, na contemporaneidade, é um óbice às intervenções do Poder Judiciário sobre o mérito administrativo.

3.4 A DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR PÚBLICO AINDA É UM LIMITE À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO?

O assunto discricionariedade é da mais alta relevância porque envolve a definição de limites ao controle jurisdicional sobre os atos da Administração e também em face de sua evolução no tempo.

O conceito clássico de discricionariedade nos é dado por Hely Lopes Meirelles, nos seguintes termos:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. (...) A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador.

(...) Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado (MEIRELES, 2004, p. 116-117).

Verifica-se que para o referido autor, a discricionariedade é um poder conferido ao administrador, o qual se encontra preso (não inteiramente) ao enunciado da lei, que não estabelece previamente um único comportamento possível a ser adotado em situações concretas, existindo um espaço para juízo de conveniência e oportunidade.

Não obstante a afirmação supracitada, impõe-se mencionar que tal conceito sofreu mutações com o passar do tempo:

Estudando-se a evolução da discricionariedade, verifica-se que ela acompanhou a própria evolução do Estado Moderno. No período do Estado de Polícia, a discricionariedade era vista como um poder político, sinônimo de arbítrio próprio das monarquias absolutas, em que atos da Administração não eram subordinados à lei, nem passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. Com a instauração do Estado de Direito, a discricionariedade ficou reduzida a um certo tipo de atos, ou seja, ela somente existia em relação aos atos da Administração que não dissessem respeito aos direitos individuais; isto porque, na fase inicial do Estado de Direito - período do liberalismo, a legalidade só se aplicava para proteger as liberdades individuais. Em todas as demais esferas, a Administração continuava a ser titular de poder discricionário de natureza política, porque desvinculado da lei e do controle judicial (...) Mais um avanço e a legalidade passou a abranger todas as atividades da Administração, adotando-se a doutrina da vinculação positiva, pela qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina. Nesse passo, a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico, ou seja, limitado pela lei. Ocorre que o próprio princípio da legalidade evoluiu e, juntamente com ele, a ideia de discricionariedade (...) Quando porém, à lei formal se acrescenta considerações axiológicas, o que aconteceu com a instauração do Estado Democrático de Direito - amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2007, p. 1-2).

Extraí-se do ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a discricionariedade administrativa, sob o viés do Estado Democrático de Direito,

somente pode ser concebida como uma liberdade de atuação entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito, e não apenas perante a lei.

Por oportuno, a justificativa para a atividade discricionária está na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. Sendo assim,

(...) só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, tendo como ponto de equilíbrio o bem comum, que identificado com o interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada" (MEIRELES, 2004, p.118).

Noutro turno, a revogação de atos discricionários que a Administração tenha praticado e, num momento posterior, passe a considerar inoportunos ou inconvenientes também tem fundamento neste poder. Cumpre enfatizar que somente pode revogar um ato administrativo a própria Administração Pública que o tenha praticado. Assim, o Poder Judiciário nunca poderá revogar um ato administrativo praticado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p. 216).

Por outro lado, há um aspecto desse assunto que vem despertando o interesse da doutrina: a chamada discricionariedade técnica⁴⁵, que alguns preferem chamar de discricionariedade imprópria, por entenderem que ela não se identifica com a real discricionariedade administrativa, já que não permite a decisão segundo critérios de oportunidade e conveniência. Tal conceito é conexo aos limites da competência das agências reguladoras⁴⁶.

⁴⁵ Nos EUA, as agências que exercem função normativa recebem esse poder mediante delegação da lei instituidora. Essa função é considerada **quase legislativa** porque suas normas têm força de lei, sendo obrigatórias para os cidadãos, porém, na escala hierárquica, colocam-se abaixo da lei, podendo ser invalidadas pelo Poder Judiciário se contrárias à lei ou à Constituição. Desenvolveu-se nos Estados Unidos da América a técnica dos *standards*, pela qual a lei se limita a estabelecer parâmetros, diretrizes, princípios, conceitos indeterminados, ficando para as agências a função de baixar normas reguladoras, que devem ser conformar aos *standards* contidos na lei e na Constituição (DI PIETRO, 2007, p. 8).

⁴⁶ Tal sistemática norte-americana, de deixar conceitos indeterminados para definição pela Administração, já vem sendo adotada, no Brasil, desde longa data, por inúmeros entes da Administração Pública, que exercem função normativa, como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, a Secretaria da Receita Federal, a Comissão de Valores Mobiliários, dentre inúmeros outros. A questão, no entanto, só foi levantada a partir do momento em que começaram a ser criadas autarquias com a denominação de agências reguladoras, com a delegação de função normativa. Foi como se, apenas nesse momento, se tomasse consciência de uma realidade presente desde longa data e se procurasse encontrar fundamento jurídico para a mesma (DI PIETRO, 2007, p. 12). Abre-se um parêntese para a informação de que o modelo das agências reguladoras foi introduzido no sistema brasileiro por meio da chamada Reforma Administrativa, ocorrida na década de 1990. Foi uma escolha governamental fundada

Cumpra observar que a expressão discricionariedade técnica foi utilizada pela primeira vez, em 1864, por Bernatzik, um dos autores da Escola de Viena (DI PIETRO, 2007, p. 4). Para Antônio Francisco de Sousa, a ideia era "englobar todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela alta complexidade técnica, retiradas do controle jurisdicional" (SOUSA, 1994, p. 105-106).

Apesar de ser criado na Europa, foi nos Estados Unidos da América que o conceito de discricionariedade técnica alcançou importância fundamental, segundo Di Pietro,

Com efeito, no direito norte-americano o tema da discricionariedade técnica teve importância fundamental na delimitação da competência das agências reguladoras, seja para definir limites de sua função normativa, seja para estabelecer os limites do controle jurisdicional. (...) Algumas ideias constituíram os pilares do modelo das agências reguladoras norte-americanas (*regulatory agency* - agências com funções reguladoras) a) a ideia de especialização; b) a ideia de neutralidade; e c) a ideia de descentralização técnica. (DI PIETRO, 2007, p.8-9).

Cabe o registro de que "a natureza e a dimensão desta 'discricionariedade técnica' varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece obscura (SOUSA, 1994, p.307). No Direito europeu continental e, principalmente, em relação ao sistema italiano, os conceitos de discricionariedade estão ligados a duas hipóteses:

a) quando, com base em dados fornecidos por órgão técnico, a Administração deve, no caso concreto, decidir fazendo uma apreciação em consonância com critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Por exemplo: um órgão técnico manifesta-se no sentido de que um prédio ameaça cair; à Administração cabe resolver se essa ameaça representa ou não perigo para o interesse público, de modo a exigir ou não a demolição; nesse caso, a questão técnica fica absorvida pela questão administrativa; b) em outros casos, a decisão baseia-se em critérios administrativos, embora considerando também aspectos técnicos; por outras palavras, a Administração tem que escolher os meios técnicos mais adequados para satisfazer ao interesse público. Exemplo: a escolha de critérios técnicos para a construção de uma obra pública (DI PIETRO, 2007, p.5).

no interesse público pela prestação eficiente das atividades econômicas, para a correção das falhas de mercado, busca da realização de objetivos coletivos e garantia de fornecimento de certos bens e serviços essenciais para a sociedade (LOSS, 2006, p. 143). Ademais disso, não existe lei que sirva como marco criador das Agências no Brasil, uma vez que elas estão sendo instituídas por legislação própria no momento de sua criação. Todavia, a Constituição Federal vigente, no Art. 21, inciso XI, dispõe que "compete à União: explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais". Tal inciso teve esta nova redação devido a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, donde se verifica a determinação da criação de um órgão regulador para as telecomunicações (GODOI JÚNIOR, 2008, p.45).

Já no sistema francês, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, tem enfrentado o tema das "noções vagas" ou "indeterminadas" em relação aos motivos do ato em face de três tipos de controle: mínimo, normal e máximo. Ensina Di Pietro que,

a) o controle mínimo, que diz respeito à materialidade dos fatos: o que verifica é se os fatos existiram ou não existiram; b) o controle normal, que diz respeito à qualificação jurídica dos fatos: verifica-se se está correta a qualificação que a Administração deu aos fatos; (...) c) o controle máximo, em que o Conselho de Estado verifica a adequação da decisão aos fatos; somente se aplica em relação às medidas de polícia restritivas da liberdade e em casos de circunstâncias excepcionais, que autorizam a Administração a afastar o princípio da legalidade diante de uma situação anormal e exorbitante, na medida em que isso seja necessário para atender ao interesse público; nesse caso é aplicado o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins (Di PIETRO, 2007, p 7).

No que tange ao Direito brasileiro, a questão da discricionariedade pode ser analisada sob a seguinte dicotomia: a) em relação aos atos administrativos propriamente ditos; b) em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta - hipótese da adoção do sistema norte-americano às agências reguladoras.

Quanto ao aspecto do controle judicial da discricionariedade técnica dos atos administrativos, não há uniformidade na doutrina, podendo-se falar em duas grandes correntes: a) a dos que entendem que, se a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; nesse caso, cabe ao Poder Judiciário, como intérprete máximo das leis, rever e corrigir esta interpretação; b) a corrente que entende que o emprego, na lei, de conceitos jurídicos indeterminados pode ou não gerar discricionariedade, dependendo do tipo de conceito e da sua aplicação diante dos casos concretos (DI PIETRO, 2007, p.12).

Di Pietro ainda faz uma distinção, com base em três tipos de conceitos como forma de avaliação da existência ou não de discricionariedade: o técnico, o de experiência e o de valor, *in verbis*:

O conceito técnico não gera discricionariedade, porque a solução correta pode ser apontada pela manifestação de órgão técnico, baseada em dados da ciência. O conceito de experiência ou empírico afasta também a discricionariedade, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível; (...) Os conceitos de valor (...) podem ou não gerar discricionariedade ou, melhor dizendo, uma certa margem de apreciação (DI PIETRO, 2007, p. 12)

Para a autora, conceitos como interesse público e moralidade podem tornarem-se determinados no caso concreto, pelo exame da situação de fato, principalmente pelo fato de que a legislação processual permite que o juiz se socorra do auxílio de peritos para apreciar a tomada de decisões que envolvam dados técnicos que possam ser esclarecidos por especialistas, conforme artigos 420 e 439 do Código de Processo Civil (DI PIETRO, 2007, p. 15).

Diante dos exemplos supracitados, extrai-se a interpretação de que a distinção entre discricionariedade administrativa e técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos. Em ambos os casos, poderá haver a intervenção do Poder Judiciário, seja com o auxílio de peritos - quando se tratar de conceitos puramente técnicos - seja pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como vimos no subtítulo 3.2, ou do devido processo legal.

Ao transportarmos tais ensinamentos para o campo das políticas públicas, chegaremos à conclusão que a atividade de elaboração/execução de planos de governo é, sim, discricionária e pode ser controlada pelo Poder Judiciário, seja direta (execução) ou indiretamente (elaboração), como vimos no subtítulo 2.4 deste trabalho. Sobre o assunto, Marcos Felipe Holmes Autran corrobora tal afirmação, nos seguintes termos:

Questão de grande debate em âmbito doutrinário e jurisprudencial é o que toca à possibilidade do Poder Judiciário controlar esses atos administrativos, frutos da atividade discricionária, que a própria lei deixou a critérios de conveniência e oportunidade para o agente público. Para uma corrente tradicional da doutrina, de acordo com a nossa Carta Política (art. 5º, XXXV), a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim sendo, caso levado ao Poder Judiciário o ato discricionário, o juiz deverá identificar o âmbito do mérito – de acordo com o espaço deixado pela lei – onde está alojado o desempenho do poder discricionário. Não se vislumbrando infração, ou verificando que o administrador praticou o ato dentro do círculo que se encontra delineado pela lei, não há possibilidade de modificação – ato compatível com a lei e a ordem jurídica – não podendo o juiz sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar daquele administrador (AUTRAN, 2007).

Logo, a discricionariedade do gestor público não pode ser considerada um limite para a intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, sendo vedado ao juiz impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade aos atos do administrador.

Por outro lado, não se pode confundir discricionariedade para elaboração de políticas públicas - mérito - com a competência delegada ao Poder Executivo, juntamente com sua equipe, para formular as chamadas Leis Orçamentárias (PPA, LDO e LOA), cuja atuação se aproxima mais do campo da técnica do que da discricionariedade, conforme lição de Roberto Mizuki Dias dos Santos:

É sobremodo importante analisar o problema da discricionariedade do Executivo nas escolhas políticas da elaboração do orçamento público, no contexto do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. Afinal, há violação ao postulado da separação dos poderes quando o Judiciário interfere nas escolhas políticas do Executivo sobre onde aplicar as verbas públicas? Inicialmente, deve ser afastada a idéia de que a lei orçamentária não possui qualquer força normativa pois assim como qualquer outra lei, ela é cogente ao seu destinatário. Realmente, os gastos públicos além de sindicáveis em determinados aspectos pelo Judiciário, hoje estão vinculados a determinadas circunstâncias objetivamente fixadas pela Constituição Federal. A discricionariedade das escolhas é cada vez mais restrita. Seu ponto mais significativo ocorre durante a elaboração das leis orçamentárias, ou seja, no momento do reconhecimento das políticas públicas carentes e nas escolhas daquelas que receberão recursos, haja vista a escassez dos mesmos. De fato, neste momento não há sequer possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade. Aqui, o grau de discricionariedade da Administração Pública é máximo, mas é equivocado afirmar que ele não tem limites. É inegável que durante as escolhas do Poder Público na elaboração do orçamento, uma ingerência de outro poder sobre o Executivo além de violar a cláusula da separação dos poderes, implicaria numa substituição escancarada das funções políticas daquele, o que não se deve admitir. Por outro lado, sancionada a lei orçamentária, surge o caráter cogente da norma (força normativa) que merece fiscalização, especialmente quando o texto Constitucional dispõe sobre vínculos de despesas, limites mínimos e políticas públicas a serem implantadas. A discricionariedade da Administração neste ponto é muito mais limitada e está jungida, tanto aos limites fáticos impostos pelas reais necessidades da população (o que implica na legitimidade ou não daquela despesa pública) quanto pelas regras constitucionais (SANTOS, 2010) (grifamos).

Frise-se, que a Constituição da República estabelece, para a elaboração das Leis Orçamentárias, a vinculação⁴⁷ de percentuais mínimos que

⁴⁷ No tocante ao direito fundamental à saúde e ao ensino, a não aplicação dos percentuais mínimos exigidos pela Constituição - 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; Art. 77, § 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério

devem ser direcionados para o atendimento do direito fundamental à saúde⁴⁸ e ao ensino, cuja não observação dá causa a intervenção Federal nos Estados e no Distrito Federal e intervenção Estadual nos Municípios.

populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei - dá causa a intervenção Federal nos Estados e no Distrito Federal, e intervenção Estadual nos Municípios. Trata-se da violação aos princípios constitucionais sensíveis. Confira-se:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

O § 3º do art. 198 dispõe que os limites constitucionais mínimos de gastos públicos aceitáveis com o direito fundamental à saúde constariam de lei complementar:

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

[...]

§ 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 arts. 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 arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

⁴⁸ Sistema único de saúde: reserva à lei complementar da União do estabelecimento de 'critérios de rateio dos recursos e disparidades regionais' (CF, art. 198, § 3º, II): conseqüente plausibilidade da arguição da invalidez de lei estadual que prescreve o repasse mensal aos municípios dos 'recursos mínimos próprios que o Estado deve aplicar em ações e serviços de saúde'; risco de grave comprometimento dos serviços estaduais de saúde: medida cautelar deferida para suspender a vigência da lei questionada.

Enquanto tal lei federal não é editada, o tema encontra-se regulamentado pelo art. 77 do ADCT incluído pela EC 29/00:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento

A vinculação de critérios mínimos a serem observados na elaboração do Orçamento, principalmente em algumas áreas como saúde e ensino, demonstra que a tendência é a diminuição cada vez maior da discricionariedade administrativa. Existem duas explicações para isso: a primeira é a necessidade de se garantir a aplicação mínima de recursos para áreas consideradas deficitárias ou que precisam de uma atenção especial por parte do Estado, pelas deficiências constatadas ou para que seja atingido um patamar considerado ideal para o desenvolvimento econômico e social.

A segunda explicação para a limitação da discricionariedade administrativa está na crença geral de que regras evitam práticas de crimes, abusos e, principalmente, de corrupção dos agentes públicos, haja vista a cultura perpetrada do chamado "jeitinho brasileiro". Em texto virtual intitulado "Breve histórico da corrupção no Brasil", Rita BIASON assevera que:

Os primeiros registros de práticas de ilegalidade no Brasil, que temos registro, datam do século XVI no período da colonização portuguesa. O caso mais frequente era de funcionários públicos, encarregados de fiscalizar o contrabando e outras transgressões contra a coroa portuguesa e ao invés de cumprirem suas funções, acabavam praticando o comércio ilegal de produtos brasileiros como pau-brasil, especiarias, tabaco, ouro e diamante. Cabe ressaltar que tais produtos somente poderiam ser comercializados com autorização especial do rei, mas acabavam nas mãos dos contrabandistas (BIASON, 2012).

Não se pode negar que o fator corrupção tem gerado, em nosso País, uma busca constante pela normatização como barreira para todo e qualquer tipo de desvio - de recursos ou de finalidade. Um exemplo disso são as regras do direito eleitoral, cujas vedações vão desde a celebração de certos contratos até a proibição da realização de concursos públicos e transferências de pessoal no período de campanha, como se em tal ocasião houvesse um pressuposto de que todo ato nesse sentido fosse realizado com vistas ao desvio de dinheiro público.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

Não se quer, aqui, defender a arbitrariedade como forma de superação das limitações de gestão pública, mas sim, destacar a necessidade de superação de uma estrita legalidade no meio administrativo público por uma visão baseada mais no Direito do que nas regras, de forma que a teoria neoconstitucionalista - da Constituição invasora - possa alcançar a Administração Pública, tornado-a, verdadeiramente, eficiente; evitando-se que a busca pela prevenção de excessos seja buscada a todo custo e em detrimento dos direitos do cidadão.

Outrossim, não se pode negar a importância de uma discricionariedade mínima para que o administrador, seja ele público ou privado, possa atuar em face do caso concreto, hipótese em que a única limitação a ser exigida deve mesmo ser os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Desse modo, quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade entre meios e fins, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre tantos outros, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação desses princípios (...) Reduzindo-se a discricionariedade, amplia-se a possibilidade de controle judicial, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três Poderes do Estado (DI PIETRO, 2007, p. 3) (grifamos).

Por fim, a questão não se resume ao fato de o magistrado poder ou não se imiscuir em assuntos relacionados ao campo das políticas públicas e de gestão administrativa, mas de buscar conhecer todos os meandros relacionados ao sistema político-administrativo para fazê-lo, pois, mesmo quando uma norma é discricionária não pode haver dúvidas quanto à necessidade de persecução de sua finalidade pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação de magistrados em sede de políticas públicas sofre algum tipo de limitação no Estado Constitucional Democrático de Direito? – foi, basicamente, a pergunta que este estudo teórico-científico, operado à luz do paradigma constitucionalista, se propôs a investigar.

O ponto de partida deste trabalho foi a busca por uma contextualização do termo "políticas públicas" com base em estudos desenvolvidos por teóricos da Ciência Política. O objetivo era delimitar o objeto de estudos para relacioná-lo com a atividade de controle de jurisdição constitucional e, assim, identificar possíveis limitações concernentes às intervenções promovidas por magistrados e tribunais, nessa seara.

O próximo passo se deu com a análise do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas, tendo sido abordadas questões relativas à soberania da Constituição; controle de constitucionalidade; impasses da jurisdição constitucional marcados pelo ativismo judicial e pela judicialização da política; hermenêutica constitucional e âmbitos de atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas.

No último capítulo, tratou-se dos principais limites para a intervenção jurisdicional no campo das políticas públicas, a saber: Constituição; princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; reserva do possível e seus contrapontos, quais sejam, o mínimo existencial e a garantia da vedação ao retrocesso social e a discricionariedade do gestor público.

Em face de toda essa abordagem teórica, chegou-se as seguintes conclusões:

1. Qualquer definição de política pública é arbitrária em face do enorme arcabouço que circunda esta disciplina que compreende uma análise global e multidisciplinar sobre fenômenos relativos às dimensões de conteúdo; de tempo, de espaço, de atores e de comportamentos relacionados à atividade de Estado e de Governo, incluindo, inclusive, atividades prestadas por entidades do terceiro setor.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil trata de políticas públicas de formas variadas, levando-se em consideração os instrumentos de planejamento (PPA, LDO, LOA) e as chamadas políticas setoriais (educação, saúde, meio ambiente, etc.); entretanto, o foco principal de análise deve ser mesmo a dicotomia existente entre políticas públicas de Estado e de Governo.

3. É possível identificar a política pública de Estado com base, principalmente, nos objetivos básicos estabelecidos no plano constitucional, tendo como fatores preponderantes: continuidade, finalidades essenciais do País, organização política e social, estrutura e desenvolvimento, consolidação do próprio regime jurídico (Estado Democrático de Direito) e à política de organização estrutural dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário).

4. As políticas de governo, por sua vez, caracterizam-se pela pontualidade, pela promoção e proteção dos direitos humanos, pela flexibilização e por uma maior especificidade em seus objetivos, notadamente ligados ao aumento da eficiência e da efetividade das ações de promoção e proteção de direitos por meio da estrutura do Estado já existente.

5. A atividade de controle de jurisdição constitucional de políticas públicas pelo Poder Judiciário, por basear-se no conceito moderno de Constituição invasora, está cada vez mais abrangente, atuando tanto nas fases de elaboração como de execução de políticas públicas de governo. A prova dessa afirmação está presente nos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judiciário.

6. Questões como a perda da hegemonia da lei como única fonte do Direito; a busca pela aplicação direta da Constituição; a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas; a influência de conteúdos e discussões morais das normas por autoridades tidas como não democraticamente legitimadas e a falta de observação a precedentes obrigatórios (*stare decisis*) tem gerado preocupação de doutrinadores que tratam do tema do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas, haja vista que a falta de cuidado com tais fenômenos pode gerar insegurança jurídica e, em consequência disso, desarmonia entre os três Poderes.

7. Necessário, pois, a identificação de limites para a atuação jurisdicional em sede de políticas públicas. Nesse ponto, pode-se dizer que o principal parâmetro, não somente para o Judiciário, mas para qualquer Poder, é mesmo a Constituição, pois é ela quem determina os critérios de validade das leis e de qualquer outra espécie normativa e se impõe globalmente a todas as funções do Estado.

8. Decisões judiciais que afastam as opções do Legislativo e do Executivo só se legitimam na medida em que se amarram firmemente na Constituição, são proferidas após exaustão das possibilidades exegéticas e são levadas a efeito com base em uma visão sistêmica de um universo que compreende a política, o direito, a economia e os direitos humanos.

9. Dessa visão sistêmica, não pode o Judiciário se furtar dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que o primeiro consiste na obediência de critérios entre meios empregados e fins esperados ou buscados pelo Estado em face de juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade da decisão; o segundo, está assente com duas grandezas, a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem parte.

10. O argumento da reserva do possível é, sim, um limite à intervenção jurisdicional; porém, deve ser analisado com sobriedade e dentro dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade de forma a não conflitar com o princípio da vedação do retrocesso e com a garantia assegurada aos cidadãos pela Constituição ao mínimo existencial.

11. Em face da concepção invasora da Constituição Cidadã, inclusive quanto à inclusão da moralidade entre os princípios da Administração Pública, não se pode mais falar em limite de discricionariedade do mérito administrativo para intervenções do Poder Judiciário, ressalvados os casos de discricionariedade técnica, porque baseados em dados da Ciência.

Por fim, cumpre observar que o presente trabalho não teve a pretensão de esgotar todas as formas de limitação às quais estão submetidos os membros do Poder Judiciário, mas sim fornecer subsídios para aqueles que buscam aprofundamento teórico-referencial em temática ainda tão pouco abordada na

literatura contemporânea de políticas públicas desenvolvidas sob o paradigma do Direito.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Maria José; ANDER – EGG, Ezequiel. *Avaliação de Serviços e Programas Sociais*. Petrópolis, Vozes, 1994.

ALTH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19.ed. São Paulo: Método, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. Isonomía: Revista de Teoria y Filosofía del Derecho, 1994.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris, vol. 16, n.2, jun. 2003.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

_____. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. *Entrevista com o autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. Disponível em <<http://www.jurua.com.br/entrevistas3.asp?id=47>>. Acesso em 28 de fev. de 2013.

AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. Disponível em:<www.escriitoronline.com>. Acesso em 05 de maio de 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo n. ° 215, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22438/as-diferencas-entre-os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade-e-sua-correta-aplicacao-em-nosso-ordenamento-juridico/4#ixzz2OIUiKmNy>>. Acesso em 27 de mar. de 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.22.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria dos princípios, Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*. Revista Diálogo Jurídico, n.7, out. 2001.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, n.4, jul. de 2001.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marcos de Aguiar Villas. *Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 74. IBCCrim e Revista dos Tribunais. set/out 2008. ano 16.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, Revonar, 2005.

BARNES, Javier. *introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 135, p. 495-522, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: Revista da Faculdade de Direito de Franca. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BELLONI, Isaura; MAGALHÃES, Heitor; SOUSA, Luzia, C. *Metodologia de Avaliação em Políticas Públicas*. 3.ed. São Paulo, Cortez, 2003.

BENEVISTE, Émile. *Problemas de Linguística Geral II*. Campinas: Editora Pontes, 1989.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ed. Madrid: centro de estudios Políticos y constitucionales, 2007. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2013.

BIASON, Rita. Breve Histórico da corrupção no Brasil. In: Movimento Voto Consciente. Disponível em: <www.votoconsciente.org.br>. Acesso em 14/05/2012.

BOTELHO, Milton Mendes. *Manual prático de controle interno na administração pública municipal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BOZEMAN, B.; PANDEY, S.K. *Public management decision making: effects of decision content*. Public Administration Review, v. 64, n.5, p. 553-565, 2004. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007/s11077-006-9010-y>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

BRASIL, Bárbara Dayana. *Limites e vínculos do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Constitucional*. Dissertação submetida ao Programa de Mestrado

em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 05 de Dez. de 2008. Disponível em <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=622>. Acesso em 25 de mar. de 2013.

BRASIL. Banco Nacional do Desenvolvimento Social. Disponível em <www.bndes.gov.br>. Acesso em 25 de fev. 2012.

BRASIL. CNPq. Disponível em <<http://memoria.cnpq.br>>. Acesso em 03 de dez. de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 de dez. de 2012.

BRASIL. Cadernos Interlegis para Capacitação à Distância. Disponível em <www.saberes.interlegis.gov.br>. Acesso em 12 de ago. de 2012.

BRASIL. Portal da Transparência do Tesouro Nacional. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/glossario/DetalheGlossario.asp?letra=d>>. Acesso em: 03 de abr. de 2013.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *Brasil 22. Trabalhos Preparatórios*. Disponível em <http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Brasil_2022_volume2.pdf>. Acesso em 07 de jan. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 15. dez. de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http://www.tse.gov.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/codigo_eleitoral/CE_atualizado.pdf>. Acesso em 11 de abr. de 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. GRAU, Nuria Cunill. *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro, FGV, 1999.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008a.

_____. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

CASTRO, Robison Gonçalves de. *Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas*. In: Cadernos Interlegis para capacitação a distância. Senado Federal. Disponível em: <www.Senado.gov.br>. Acesso em 20 jun. 2012.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. *Avaliação de projetos sociais*. Petrópolis: Vozes, 1993.

COHEN; M.D.; MARCH, J.G.; OLSEN, J.P. *A Garbage can model or organizational choice*. Administrative Science Quarterly, v. 17, n.1, p. 1-25, 1972. Disponível em <<http://link.springer.com/article/10.1007/s11077-006-9010-y>>. Acesso em: 29 de nov. 2012.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo(s): un análisis metateórico*. In: Miguel Carbonel (ed) Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2005, p. 75-98.

COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *Terceiro Setor, ONGs - questões críticas*. São Paulo: Verbatim, 2012.

CUNHA CAMARGO, Sérgio Alexandre. *A legitimação pragmática: os princípios vazios da igualdade, ponderação e razoabilidade*. In: Revista Jus Vigilantibus, jun. de 2005. Disponível em < <http://jusvi.com/artigos/15949>>. Acesso em 19 de mar. de 2013.

DIAS, Francisco Barros. *Caminhos e influências na interpretação*. In: Anotações em sala de aula do III Módulo do Curso de Mestrado da UFRN em convênio com a UFPE. Aulas ministradas pelo professor Eduardo Ramalho Rarbenhost. Disponível em:<arquivos.unama.br/nead/graduacao/.../DPP_impreso_aula04.pdf>. Acesso em 01 de mar. de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE, n.9, fev/mar/abr de 2007. Salvador, Bahia, Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 15 de abr. de 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EUA. Enciclopédia do Holocausto. *O terceiro Reich: visão geral*. In: EUA. United States Holocaust Memorial Museum. COPYRIGHT © UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, WASHINGTON, D.C.

Disponível em: <<http://www.usmmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005141>>. Acesso em 04 de dez. de 2012.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Temas e desafios. Trad. Candice Premaror Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONEL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FERRERA, M. *Le trappole del welfare*. Bolonha: Il Mulino, 1998. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=JAn_d950fKUC&pg=PA183&lpg=PA183&dq=FERRERA,+M.+Le+trappole+del+welfare.Bologna:+Il+Mulino,+1998.&source=bl&ots.Bologna%3A%20Il%20Mulino%2C%201998.&f=false> Acesso em: 1º dez. 2012.

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. IPEA, n.21, jun. 2000. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp/ppp21/Parte5.pdf>>. Acesso em: 25 de abr. de 2010.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de política públicas*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio./jun./jul. de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>>. Acesso em 19 de mar. de 2013.

GODOI JÚNIOR, José Vicente. *Agências reguladoras: características, atividades, e força normativa*. In: Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 2008, p. 45. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf>>. Acesso em 15 de abr. de 2013.

GONÇALVES COUTO, Cláudio; BASTOS ARANTES, Rogério. *Constituição ou políticas públicas? Uma avaliação dos anos FHC*. Fernando Luiz Abrucio & Maria Rita Loureiro Durand (Org.), In: Coletânea O Estado numa era de reformas: os anos FHC. Brasília: Enap, 2002.

GORMLEY Jr.; W. T. Regulatory issue networks in a Federal system. *Polity*, v.18, n.4, 1986, p. 595-620. Disponível em: <<http://www.georgetown.edu/news/>>. Acesso em 20 de nov. 2012.

GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a política e o Estado Moderno*. 5. ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1985.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo, vol 164, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. v.7, n.7, 2010. Disponível em < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 1º mar. de 2013;

GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: Miguel Carbonel (ed.) Neoconstitucionalismos. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p.50.

GUSTAFSSON, G. *Symbolic and pseudo policies as responses to diffusion of power*. Policy Sciences, v. 15, n.3, 1983, p.269-287. Disponível <<http://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00136828?LI=true>>. Acesso em 29 nov. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000. p.34.

HABERMAS. Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987a.

HAGUETTE, Teresa, M. F. *Metodologias Qualitativas da Sociologia*. Petrópolis, Vozes, 1987.

ILKIU. Ivan Moizés. *Políticas públicas: superação do modelo atual de gestão pública*. In: Revista do Direito Público - Londrina, v.7, n.3, p.147-170, set./dez. de 2012. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/index>>. Acesso em 10 dez. de 2013. [issn1980-511X]

_____. *Análise do controle e da participação dos sujeitos do processo das políticas públicas*. In: Anais do II Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2012. Disponível em <http://eventos.uenp.edu.br/sid/2012/anais_sid_II.pdf>. Acesso em 15. dez. 2012.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Campus Elsevier, 2007.

LAMY, Marcelo. *Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. RAMOS TAVARES, André; FERREIRA MENDES, Gilmar e GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. São Paulo: Saraiva, 2005, p.537-575.

LERNER, D.; LASSWELL, H. D. *The policy sciences; recent developments in scope and method*. Stanford University Press, 1951. Disponível em: <<http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/anuario/secxx/ano1951.htm>>. Acesso em: 05 nov. de 2012.

LOSS, Giovani R. *Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 143.

LOWI, Theodore J. *American business, public policy, case studies, and political theory*. *World Politics*, v. 16, n.4, p.677-715, 1964. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87469965/LOWI-Theodore-J-O-Estado-e-a-ciencia-politica-ou-como-nos-converteremos-naquilo-que-estudamos-BIB-%E2%80%93-Revista-Brasileira-de-Informacao-Bibliografica-em>> Acesso em 26 nov. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.16-100.

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

MAUS, Ingborg. *O Judiciário como superego da sociedade - sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órgão"*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco*, n.11, Recife: 2000, p.129-137.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, n.162, abr. - jun. 2004, p.164.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Sentença Mandamental*. In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em:<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/José%20B.%20de%20Mesquita%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 01 de mar. de 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Cíntia Moraes de. *Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3050, nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20380>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. Jus Navigandi, n.30. a. 2001. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=473>>. Acesso em: 24 abr. de 2012.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOURA, Humberto Fernandes de. *União Homoafetiva: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a análise de algumas repercussões econômicas da decisão*. In: Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=184260348236f955>>. Acesso em 05 de mar. de 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Caio Vinícios de. As diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e sua correta aplicação em nosso ordenamento jurídico. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3337, 20 ago. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22438>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *Repensando Políticas Públicas: por que frequentemente falhamos no planejamento?* In: Estado e Gestão Pública. Visões do Brasil Contemporâneo. Paulo Emílio Matos Martins; Octavio Penna Pieranti (org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

OLIVEIRA DE SOUZA, Michel Roberto; SÍPOLI COL, Juliana. *A súmula vinculante e o precedente judicial*. In: Revista Espaço Acadêmico, n.126. Ano XI. Nov. 2011. Disponível em <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12994/8146>>. Acesso em 24 de jan. de 2013.

OLSON, M. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. São Paulo: Edusp, 1999.

PARSONS, Wayne. *Public Policy: an introduction to the theory and practice of policy analysis*. Cheltenham, UK, Edward Elgar. 1997. Disponível em < PARSONS, Wayne. *Public Policy: an introduction to the theory and practice of policy analysis*. Cheltenham, UK, Edward Elgar. 1997>. Acesso em 15 nov. 2012.

PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. *A Teoria dos Freios e Contrapesos no Direito Civil*. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 07 abr. 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de principios¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?* Anuário de filosofia del derecho, XIII, 1996, p.125-158.

_____. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos "Bartolome de las Casas" n.7, Madrid:Dykinson, 1998.

REGONINI, Gloria. *Capire le politiche pubbliche*. Bologna: IL Mulino, 2001.
Disponível em: <<http://www.politichepubbliche.org/base/capirelepolitiche.html>>.
Acesso em 29/11/2012.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2009, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientador Rodolfo de Camargo Mancuso. p. 21-24.

SAIANDA, Maria H. *Para Ensinar o Discurso Científico*. Ler educação. Beja: Escola Superior de Educação de Beja, 1992.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *A participação do Ministério Público e do cidadão na política de segurança pública*. In: Tese apresentada e aprovada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público de 26 a 29 de outubro de 1999. Curitiba - PR. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/artigos_doutrinarios/A%20PARTICIPA%C3%87%C3%83O%20%20MP%20SEGURAN%C3%87A%20P%C3%9ABLICA%20ARTIGO2.htm#*>. Acesso em 10 de jun. de 2013.

SANTOS. Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SANTOS, Roberto Mizuki Dias dos. *A evolução do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2561, 6 jul. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16935>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: Livres e iguais, estudos de direito constitucional. 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em 19 de mar. de 2013.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Moacyr Motta. O Princípio da Razoabilidade, como Expressão do Princípio da Justiça, e a Esfera dos Poderes Jurisdicionais do Juiz. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Uquhart. *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002.

SCOTT M. Noveck, *Is judicial review compatible with democracy?*, Cardozo Public Law, Policy & Ethics 6:401, 2008, p. 420.

SOUSA, Antônio Francisco de. "*Conceitos indeterminados*" no direito administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUZA, Celina. Estado da arte em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta T. da SILVA.; MARQUES, Eduardo (Orgs.). Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

_____. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, ano 8, n. 16, jul/dez 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em 30 de nov. de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAYLOR, Matthew M. *Como o Judiciário brasileiro interfere nas políticas públicas*. Revista Getúlio. In: Programa de Especialização e Educação Continuada da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: set. 2007, p. 53. Disponível em <www.bibliotecadigital.fgv.br/...>. Acesso em 04 jul. de 2012.

TEIXEIRA, E.C. *O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade*. Working paper (2002). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf>. Acesso em : 15 de jan. de 2010.

TRUMAN, D. B. *The governmental process; political interests and public opinion*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1951. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=0PLNhGk>>. Acesso em: 05 nov. de 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.