



Gustavo Junqueira

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades, limites e parâmetros

15

JUDICIAL REVIEW OF PUBLIC POLICIES: POSSIBILITIES, RESTRICTIONS AND GUIDELINES

Bernardo Lima Vasconcelos Carneiro

RESUMO

Analisa a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, perquirindo sobre seus limites e os parâmetros que devem ser utilizados pelo magistrado no exercício dessa função, como instrumento democrático de fiscalização da gestão da coisa pública.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; política pública; controle jurisdicional; parâmetro; limite.

ABSTRACT

The author assesses the feasibility regarding the judicial review of public policies, inquiring both about their restrictions and guidelines to be used by the judge while carrying out that task, as a democratic means of monitoring public management.

KEYWORDS

Administrative Law; public policy; judicial control; guideline; restriction.

1 INTRODUÇÃO

Com a chegada do que se convencionou chamar de “pós-modernidade”, com todos os atributos que lhe são comumente conferidos, passa a ganhar relevo no âmbito da Ciência Política e da Ciência da Administração o conceito de política pública, enquanto conjunto de atividades administrativas organizadas e finalisticamente coordenadas com o objetivo de prestar à sociedade utilidades materiais que concretizem os direitos fundamentais assegurados abstratamente pela Constituição Federal. Por via de consequência, o referido conceito – intimamente vinculado ao ideal de eficiência, agora também expressamente almejado pelo Estado no desenvolvimento de suas atividades – adquire igual importância na seara jurídica, especificamente nos ramos do Direito Público, na medida em que este se dedica a estudar e a regulamentar juridicamente as relações estatais.

É justamente partindo dessa nova e instigante realidade, que o presente trabalho se propõe a investigar as possibilidades e os limites do controle jurisdicional das políticas públicas, tendo como pressuposta sua não identificação pura e simples com o já decantado ato administrativo ou com a figura do serviço público, bem como a natureza eminentemente governamental, política de seu núcleo. Ao longo do artigo se buscará demonstrar, então, que o aludido controle, para além de imprescindível ao correto funcionamento de qualquer Estado de Direito, vez que, ferramenta de preservação de valores republicanos, funciona também como instrumento de participação democrática do povo na fiscalização da Administração Pública.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO E A IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS

2.1 O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conceituar “políticas públicas” não é das tarefas mais fáceis. Para começar, é importante perceber que o termo não é próprio da Ciência Jurídica ou, pelo menos, não é tradicionalmente assim considerado, até porque não vem disposto em nenhum instrumento normativo do Direito positivo. Nesse sentido, lembra Caroline Müller Bitencourt que a Constituição não trouxe o conceito de tal instituto ou sequer definiu exaustivamente um rol de atividades governamentais que poderiam ser assim qualificadas. E mais, segundo a autora, a Lei Maior sequer poderia fazê-lo, *tendo em vista que uma política pública visa justamente atender a uma necessidade a partir de uma realidade histórica, social e cultural dentro de determinado espaço de tempo* (BITENCOURT, 2012, p. 48).

Na verdade, o conceito de políticas públicas foi construído principalmente pelos estudiosos da Ciência da Administração e da Ciência Política¹. Todavia, não há como se negar, compreender o real significado do termo que ganha extrema relevância para o Direito contemporâneo, notadamente para seus sub-ramos do Direito Administrativo, Direito Econômico ou mesmo Direito Constitucional em um enfoque mais genérico. Como muito bem coloca Nagibe de Melo Jorge Neto (2009, p. 51): *A ciência jurídica, contudo, jamais se ocupou das políticas públicas. Esse é um conceito mais afeto à ciência política, à sociologia ou à ciência da administração, a partir dos mais recentes estudos acerca da gestão no poder público. Somente nas últimas décadas, a ciência jurídica, mais especificamente o direito constitucional, viu-se na contingência de utilizar o conceito de ‘políticas públicas’, ainda que de modo inseguro e incerto. Fábio Konder Comparato atribui o longo silêncio acerca das políticas ao fato de que, antes da Revolução Industrial, o conceito era desnecessário, vazio. E foi justamente nesse longo período histórico até a Revolução Industrial que se forjaram os conceitos jurídicos dos quais ainda hoje nos servimos habitualmente, tais como direito subjetivo, propriedade, autonomia da vontade, contrato etc. Somente com o advento do Estado Social, quando o Estado tomou para si uma série de funções que anteriormente desconhecia e que envolviam um atuar, o desenvolvimento de atividades em prol do bem-estar dos súditos, é que as políticas públicas entraram em pauta, e, ainda assim, de modo esquivo.*

Esse ganho de relevância para a Ciência do Direito impulsionou-se mais recentemente também pelo fato de que, alcançado o atual **estágio pós-moderno** – com a massificação das relações sociais, o incremento da complexidade da vida e a crescente aceleração das mudanças – os indivíduos, a sociedade, bem como o Estado mudaram igualmente seu modo de atuação, procedendo-se a uma virada em direção à busca por uma maior **eficiência** no desempenho de suas atividades, entendida esta como a capacidade de se atingirem os melhores resultados possíveis com os menores custos, o que implicou a necessidade do estabelecimento de metas e planos de ação de médio e longo prazo, comportamento finalístico que antes, via de regra, não se encontrava no centro das atenções, principalmente quando se tem em mente a gestão da coisa pública².

É verdade que a atuação concreta do Estado tendente a

A execução da política pública também não é algo simples, pois geralmente o cumprimento das metas exige anos ou décadas de um trabalho ordenado, envolvendo diversos órgãos e entidades estatais, além da participação de particulares.

Para tanto, tentar-se-á, inicialmente, construir um conceito de política pública, identificando-se seus elementos constitutivos. Passo seguinte, analisar-se-á a possibilidade de revisão judicial do chamado “ato político”, uma vez que localizado este no núcleo decisório das políticas públicas, enquanto expressão do exercício de função governamental. Por fim, tentar-se-á traçar, ainda que de forma sucinta, os limites e os parâmetros desse controle, frisando-se a necessidade de uma comedia autorrestrição por parte dos magistrados, de modo que reste preservado o mérito propriamente dito do ato político fixador dos programas de ação das políticas públicas.

A empreitada não é das mais simples, muito pelo contrário, revela-se cheia de entraves teóricos e práticos, contudo, cientes das limitações próprias a um artigo científico como este, tentar-se-á jogar algumas luzes sobre tão instigante tema, o qual vem suscitando acaloradas discussões nos bancos da academia e nas tribunas das cortes do país.

prestar à sociedade utilidades materiais fruíveis individual ou coletivamente, atividades tradicionalmente classificadas como **serviços públicos**³, surgiu com o advento do **Estado Social**, no início do século XX, em plena modernidade. Todavia, apenas com a superação gradual desta, juntamente com seus caracteres essenciais – tal como a lógica mecanicista apoiadora da crença sobre a estabilidade das relações sociais – e a eclosão do que hoje se convencionou chamar de pós-modernidade, a atuação estatal na prestação dessas utilidades públicas abandonou o “**plano micro**”, típico do tradicional ato administrativo, tão estudado pelos administrativistas do século anterior, para atingir um “**plano macro**”, no qual o comportamento da Administração deixa de ser majoritariamente casuístico, pontual, isolado, descoordenado, para passar a ostentar os atributos da generalidade, do planejamento, da coordenação, sempre com o objetivo de alcançar a máxima eficiência, comportamento este que, aos poucos, foi sendo incorporado e incentivado pela ordem jurídica, como se deu com a inclusão do **princípio da eficiência** no *caput* do art. 37 da Constituição Federal pela EC n. 19/98. Nesse exato sentido, é a lição do Professor e Desembargador Federal da 1ª Região João Batista Gomes Moreira (2005, p. 269): *A complexidade dinâmica do mundo atual não mais se comporta dentro da visão estática, passiva e reducionista do ato administrativo. Para além dos atos individuais, micrométricos, estão os processos e atividades, estruturados sobre programas finalísticos. Uma administração planejada é dever indeclinável do administrador, isto porque existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral ou de Ciência da Administração.*

Partilha do mesmo ponto de vista Fábio Konder Comparato (apud MOREIRA, 2005, p. 279), para quem *a noção de política pública e de atividade, como série de atos unificados pela finalidade a longo prazo, visa à superação da visão fragmentada e reducionista do ato, que persiste na doutrina tradicional desde o direito romano.* As políticas públicas relacionam-se, pois, com esse comportamento planejado e coordenado do Estado com vistas a desenvolver atividades materiais finalisticamente orienta-

das à prestação de utilidades à sua população conforme planos pré-traçados, os quais foram objeto de estudos e análises, inclusive sob o ponto de vista econômico, sempre tendo como norte os valores positivados em sua Carta Constitucional.

[...] os direitos fundamentais de 1ª geração, também chamados de “direitos de defesa”, igualmente demandam a execução de políticas públicas para que sejam tutelados e concretamente efetivados [...]

Já aqui, então, como uma tentativa de conceituação, poderíamos dizer que políticas públicas são formas de atuação do Estado no qual este, por meio de um planejamento – o que implica o estudo prévio do contexto socioeconômico subjacente à tomada de decisão, inclusive com ponderações sobre custos relacionados à atividade e o estabelecimento de metas –, fixa programas de ação de médio e longo prazo que visam assegurar materialmente a satisfação de direitos fundamentais e executa-os, seja diretamente por intermédio de seus órgãos e entidades da Administração Indireta, seja por meio de particulares, que agiriam por delegação ou incentivo do Estado.

Neste ponto, discorda-se de Jorge Neto (2009, p. 56-57) quando este afirma que a noção de política pública compõe-se de três elementos, sendo dois deles necessários e um acidental – no caso, o terceiro elemento seria o não essencial –, quais sejam: (a) *uma ação, um fazer estatal, orientada, mediata ou imediatamente, para a consecução de* (b) *um fim, um objetivo, uma meta, ou seja, a efetivação dos direitos de segunda e terceira dimensões que, todavia, pode estar implícita. Essa atuação estatal poderá estar condicionada ou não a* (c) *programa ou planejamento estabelecido.* É que, segundo se pensa, a organização, o planejamento da execução das atividades pelo Estado constituem não elementos acidentais, mas sim essenciais para a configuração do instituto em tela. Isso porque desvincular a noção de políticas públicas da ideia de que a atuação administrativa correspondente deve ser o resultado de um programa de ação organizado e finalisticamente direcionado significa reduzir e equiparar seu conceito ao de mero ato administrativo, o que desnaturaria aquele instituto.

Como percucientemente observa João Batista Moreira (2005, p. 267), *os atos e omissões administrativos não constituem um amontoado caótico, arbitrário, mas estão, ou pelo menos devem estar, orientados por uma finalidade*

de que dê seqüência, coerência e estilo àquela determinada administração. No mesmo sentido posiciona-se Caroline Bitencourt (2013, p. 48): *O que caracteriza política pública é uma certa organização de ações no tempo. Isso significa que uma política pública envolve um ou mais objetivos, órgãos para tanto, atos de planejamento e execução, tudo isso dentro de uma janela de tempo que não pode ser instantânea, mas sim com razoável regularidade.*

Políticas públicas devem ser vistas necessariamente como um processo, como um conjunto de atividades ordenadas, um ciclo (*policy cycle*⁴) composto por etapas ou estágios sequenciados, iniciado pela **i)** identificação do “problema”, consubstanciado nos anseios ou necessidades da sociedade de cuja satisfação o Estado assumira a responsabilidade, de forma exclusiva ou não, seguida da **ii)** formulação de um plano de ação, cuja escolha – de um dentre os caminhos possíveis – possui natureza essencialmente política e geralmente é veiculada por atos normativos legais ou infralegais, o qual deve ser **iii)** implementado faticamente por meio de diversas modalidades de conduta administrativas, como a prestação de serviços públicos, a construção de obras públicas, a aquisição de bens ou a contratação de serviços de empresas privadas, a realização de concursos públicos e consequente nomeação de servidores, ou mesmo a edição de outros atos normativos, por vezes de caráter inibitório ou estimulador de comportamentos, finalizando com um **iv)** constante acompanhamento e fiscalização dessa execução do plano de ação por parte do Poder Público, com o qual deve a sociedade cooperar.

Portanto, temos que o **ciclo das políticas públicas** é composto pelas seguin-

tes etapas: 1) identificação do problema; 2) formulação de um plano de ação; 3) execução do plano; e 4) monitoramento da implementação da política.

Deve-se ressaltar, todavia, que a doutrina não é uníssona ao elencar e nomear essas distintas fases do *policy cycle*. Por exemplo, para Celina Souza (2006, p. 24), a política pública caracteriza-se por ser *um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado, sendo constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação* (IDEM).

[...] no caso das políticas públicas relacionadas à educação e à saúde, a sociedade participa ativamente mediante os respectivos Conselhos, em nível municipal, estadual e nacional.

Já para José Maria Zancocchi (2013, p. 143), o aludido ciclo é realizado mediante a *preparação, fixação, formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, concebidas como um processo, composto por um conjunto de atividades que visam atender às demandas e interesses da sociedade*. De todo modo, apesar das pequenas variações terminológicas ou da inclusão ou exclusão de uma ou duas fases, a depender da classificação doutrinária adotada, crê-se que a **divisão quadripartite** acima proposta sintetiza bem, para fins didáticos, as etapas que compõem o processo das políticas públicas. Fique-se com ela, pois.

É claro, porém, que essa sequência, esse esquema está bastante simplificado. Na prática, um problema social não pode ser isolado para ser analisado de forma asséptica, como se uma demanda de um determinado setor da sociedade não estivesse relacionada com inúmeras outras carências ou com a má distribuição dos recursos disponíveis. Por outro lado, a decisão sobre a adoção desse ou daquele programa de ação também não é um ato unitário.

Como esclarece Patrícia Luz (2006), *uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas*⁵. No mesmo sentido, Celina Souza (2006, p. 24) também afirma que *a política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes*. A execução da política pública também não é algo simples, pois geralmente o cumprimento das metas exige anos ou décadas de um trabalho ordenado, envolvendo diversos órgãos e entidades estatais, além da participação de particulares. Igualmente, o acompanhamento, a fiscalização dessa execução é bastante complexa, e em parte justamente porque as etapas anteriores são multifacetárias, dinâmicas e não lineares.

E mais, em certas situações, alguns desses estágios, principalmente o segundo (formulação do plano de ação), não se exterioriza de forma expressa, não sendo formalizado em um instrumento normativo ou mesmo em um documento de caráter ordenador. De fato, como observa João Batista Moreira (2005, p. 268), *no nível administrativo, as políticas material-*

izam-se, portanto, em programas de ação (em sentido amplo), que podem expressar-se em uma norma ou documento ou ser deduzidos da sequência de atos e omissões concretas.

Tem-se, deste modo, que a **agenda de atuação** orientadora da execução dos atos relacionados à determinada política pública pode ser **tácita**, resultando, por exemplo, do ideário político apropriado pelo partido do qual faz parte o chefe do Executivo ou, ainda, refletindo um planejamento dos órgãos governamentais que não chegue, porém, a ser esquematizado e institucionalizado. Talvez em razão dessa circunstância é que alguns autores afirmam que o programa de ação seja dispensável para a caracterização da política pública, opinião da qual, como já dito, discorda-se.

2.2 O OBJETO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Concentrar-se-á agora a atenção exatamente nessa crucial etapa do ciclo das políticas públicas: o **processo de escolha** sobre qual caminho trilhar para se atingir a meta estabelecida. O primeiro ponto a se destacar é que essa meta deve necessariamente ser eleita com base nos princípios, nos valores consagrados pela Constituição⁶. Falando-se de forma mais pragmática, o objetivo das políticas públicas deve ser a **concretização material dos direitos fundamentais** garantidos constitucionalmente, dentro do paradigma do Estado Social, posteriormente incorporado pelo Estado democrático de Direito, como provedor das utilidades consideradas, em determinado tempo e lugar, essenciais para sociedade.

A doutrina é harmônica no ponto. Com efeito, segundo Jorge Neto (2009, p. 53), *o conceito de política pública está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais*. No mesmo sentido, assevera José Maria Zancocchi (2013, p. 143) que nas políticas públicas ocorre *o direcionamento de ações estatais para prestar efetividade aos direitos sociais e para o encaminhamento de soluções a problemas econômicos de acordo com os objetivos fundamentais da sociedade*.

Faz coro Itanieli Sá (2013, p. 213), ao afirmar que as políticas públicas devem ser compreendidas *como processo de concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais (caráter redistributivo), traduzidas nas formas de planos, medidas, ações estatais, formatadas pelo Estado*. Compartilha ainda dessa noção João Batista Moreira (2005, p. 269), para quem *o Estado Social assume, por meio das políticas públicas, os grandes riscos sociais da existência humana. Entre as políticas públicas ou programas governamentais destacam-se, por isso, as que se destinam a promover os direitos sociais previstos na Constituição*.

Relevante fixar também, desde já, que a concretização de todos os direitos fundamentais é perseguível mediante as políticas públicas. Quer-se com isso afirmar que, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, o planejamento e a implementação das políticas públicas não visam apenas à satisfação material dos chamados "direitos fundamentais de 2ª geração", também denominados de "direitos à prestação", que são caracterizados justamente pela necessidade de execução, por parte do Estado, de atividades concretas capazes de lhes conferir eficácia jurídica prática, a exemplo dos típicos direitos sociais, como o direito à educação, o direito à saúde e o direito à moradia.

O que ocorre é que, em se tratando de tais direitos, emerge bem mais evidente a relação direta entre a sua satisfação concreta e a execução da política pública correspondente, tal como se dá, partindo dos exemplos citados, com a **política pública de alfabetização na idade certa**, implementada com a construção de escolas, a contratação de professores, o fornecimento de merenda e de material escolar e o transporte gratuito para os alunos, dentre outras medidas; ou com a **política pública de vacinação contra a poliomielite**, que se implementa com a construção de postos de vacinação, a contratação de enfermeiras, a compra de vacinas e um trabalho de divulgação da campanha de vacinação; ou com a **política pública de desocupação de áreas de risco**, que se concretiza com o trabalho técnico de identificação dessas áreas, de notificação e esclarecimento de seus moradores a respeito da situação periclitante em que se encontram, a construção de novas moradias em locais adequados e o remanejamento dessas pessoas e de seus bens para os novos lares.

No entanto, os **direitos fundamentais de 1ª geração**, também chamados de “direitos de defesa”, igualmente demandam a execução de políticas públicas para que sejam tutelados e concretamente efetivados, com a diferença de que, em relação a esses direitos, a satisfação propiciada pelas políticas públicas se dá, na maioria das vezes, de forma indireta. É o que ocorre com a **política de segurança pública**, executada primordialmente pelos órgãos policiais, que serve como instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais à vida, à integridade física, à segurança e à propriedade. De igual modo, a **política pública de construção e manutenção de estradas** assegura o gozo pleno do direito fundamental de ir e vir. O mesmo raciocínio aplica-se aos chamados “direitos fundamentais de 3ª geração”, nomeados por alguns de “direitos difusos ou de solidariedade”, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja garantia é também buscada, v.g., por meio da **política pública de combate ao desmatamento**, ou, ainda, o direito do consumidor a informações precisas sobre os produtos disponibilizados no mercado, que é garantido também pela “**política pública de metrologia**” de-

envolvida pelo Inmetro e, em nível estadual e municipal, por outros institutos de pesos e medidas. Portanto, reitera-se, as políticas públicas podem destinar-se à satisfação de todo e qualquer direito fundamental, inserido em qualquer das denominadas “gerações ou dimensões”.

Pois bem, tendo como norte a satisfação concreta dos direitos fundamentais positivados na Constituição, deve-se destacar – porque importante para o desenvolvimento do trabalho – que o **processo de escolha das políticas públicas**, com a formulação do plano de ação, é realizado pelo Executivo ou pelo Legislativo, sendo geralmente formalizado por meio de leis, atos normativos infralegais ou mesmo atos administrativos simples, que veiculam o programa governamental voltado para uma área específica de atuação estatal, traçando os objetivos gerais, as fases de implementação, os órgãos e entidades que participarão de sua execução, dentre outros detalhamentos.

É verdade que a iniciativa das políticas públicas não é puramente governamental. Segmentos da sociedade, formados por grupos de interesses e movimentos sociais, cada qual com determinado grau de penetração política, exercem pressão sobre os órgãos do governo com o objetivo de influenciar a adoção desse ou daquele programa de ação, ou mesmo a mudança de rumo de um programa que já esteja em execução. Como esclarece Celina Souza (2006, p. 24), as decisões acerca das políticas públicas *recebem constantes ‘inputs’ dos partidos, da mídia e de diversos grupos de interesse, os quais inevitavelmente influenciam seus resultados e efeitos*.

[...] os atos de governos devem sim ser inseridos dentro do gênero “atos administrativos”, vez que, por exclusão, obviamente não são eles nem atos legislativos nem atos judiciais.

A própria legislação contempla a possibilidade da participação popular nesse processo. Com efeito, no caso das políticas públicas relacionadas à educação e à saúde, a sociedade participa ativamente mediante os respectivos **Conselhos**, em nível municipal, estadual e nacional. São também instrumentos dessa participação as **audiências públicas**, nas quais os setores da sociedade potencialmente afetados pelas medidas a serem adotadas

são chamados a se manifestar sobre os temas que estão na pauta política. Nessa linha, o art. 48, parágrafo único, I, da Lei Complementar n. 101/00, ao dispor sobre os instrumentos de transparência na gestão fiscal, preceitua que essa deve ser assegurada também mediante o *incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos* (redação dada pela LC n. 131/09).

Ocorre que, mesmo em se admitindo essa interferência popular – tomado o termo “popular” aqui apenas como significando “elemento não estatal” participante do referido processo, vez que, não raro, essa interferência é exercida apenas por setores minoritários e favorecidos, em muitos casos através de lobistas profissionais –, o ato de eleição dos programas de ação relacionados às políticas públicas, a definição da agenda (*agenda setting*), é um **ato de governo**, no sentido de que é praticado por órgãos governamentais enquanto tais, no exercício da chamada “**função política**”, da qual são encarregados, em um primeiro momento, os membros do Parlamento e, subsidiariamente, do primeiro e segundo escalões do Poder Executivo.

Com razão, essa decisão política, via de regra, é previamente tomada pelo Legislativo com a edição de leis que veiculam normas gerais e abstratas normatizadoras da atuação do Estado em determinada área de interesse, tendente à satisfação concreta de determinado direito fundamental, seja criando uma estrutura administrativa (órgãos e entidades)

encarregada da execução das correspondentes atividades, seja estabelecendo princípios reguladores do comportamento administrativo ou objetivos a serem alcançados, seja traçando regras técnicas e parâmetros de atuação para os particulares, seja, ainda, tipificando infrações e cominando sanções para o caso de descumprimento destes, dentre outros pontos. É o que se deu, por exemplo, com a **Lei n. 6.938/81**, que instituiu a Política

Nacional do Meio Ambiente; a **Lei n. 8.080/90**, que instituiu a Política Nacional para Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde; a **Lei n. 9.433/97**, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos; a **Lei n. 11.445/07**, que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico; a **Lei n. 11.771/08**, que instituiu a Política Nacional de Turismo; a **Lei n. 12.187/09**, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima; a **Lei n. 12.305/10**, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos; a **Lei n. 12.587/12**, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana; e a **Lei n. 12.608/12**, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, e muitas outras ainda poderiam ser citadas.

Obviamente, adotando nossa ordem jurídica, o **princípio da supremacia e da rigidez constitucional**, além do sistema de **controle difuso e concentrado da constitucionalidade dos atos normativos**, caso algum desses diplomas legais ofenda preceito inserto na Constituição Federal, poderá qualquer juiz ou tribunal declarar-lhe a nulidade. Todavia, para os fins do presente trabalho, a atenção será concentrada no controle jurisdicional da fase posterior da decisão política acerca das políticas públicas, referente ao chamado **"momento administrativo"**. Existente ou não lei instituidora de normas gerais sobre a atuação do Estado em determinada área, ao Poder Executivo, também no exercício da função política, sempre restará larga margem de escolha sobre diversos pontos atinentes à respectiva política pública. É em relação a esses atos, a essas decisões do Executivo acerca dos planos de ação, que se procederá à investigação sobre a sindicabilidade judicial, uma vez que, como consignado, ninguém discute a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ATOS POLÍTICOS

Afirmou-se que a definição dos programas de ação que orientam a execução das políticas públicas constitui um ato de governo, um **ato político**⁸, vez que praticado por órgãos governamentais no exercício da denominada "função política". Mas, afinal, o que caracterizaria estes atos políticos? Quais os elementos, as peculiaridades que os diferenciariam dos atos administrativos ordinários, se é que se pode falar nessa diferenciação?

Bem, primeiramente, a despeito de certa divergência doutrinária, entende-se que, partindo da divisão tríplice das funções estatais, os atos de governos devem sim ser inseridos dentro do gênero "atos administrativos", vez que, por exclusão, obviamente não são eles nem atos legislativos nem atos judiciais. Contudo, não há como negar, existe uma nota característica desses atos que os separam dos atos administrativos comuns. Essa distinção reside precisamente no **alto grau de discricionariedade** a que sempre estão sujeitos tais atos, vez que, quando de sua prática, a decisão correspondente comporta uma larga margem de valoração subjetiva por parte do tomador da decisão (*policy maker*) no que se refere ao seu conteúdo.

Em certa medida, essa elevada discricionariedade de que goza o administrador público no exercício da função política resulta do fato de que, por ocasião da prática do ato, ou i) não existem prévios parâmetros legais orientadores desse comportamento, como nas hipóteses em que não há a uma lei instituidora da correspondente "política nacional", ao contrário dos exemplos citados acima, caso em que, então, o único marco normativo

que servirá de norte e ao qual estará vinculado o decisor será a própria Constituição Federal⁹; ou ii) mesmo que existente tal lei, os termos desta – como costuma ocorrer – são vagos, abstratos, porosos, de modo a comportarem, com bastante intensidade, o preenchimento de seus significados normativos por juízos de valor e percepções subjetivas do tomador da decisão, resultando para este, conseqüentemente, múltiplas possibilidades de ação, em tese, igualmente válidas.

Pelo aduzido acima, concorda-se apenas em parte com José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 811), quando, ao falar dos atos políticos, afirma que: *Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros prévios de controle. Por outro lado, são esses atos que permitem a condução das políticas, das diretrizes e da estratégia do Governo. Ausentes quaisquer standarts predeterminados para limitá-los, os atos políticos comportam maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas.*

Compartilha-se do entendimento no ponto em que o autor afirma que os atos políticos comportam uma maior discricionariedade para os governantes (administradores), entretanto discorda-se quando assevera não terem aqueles atos quaisquer "parâmetros prévios de controle", não se sujeitando a "standarts predeterminados". É que, segundo se pensa, esses parâmetros, esses *standarts* existem e estão dispostos na Constituição Federal e, a depender do caso, na eventual lei que disponha sobre a matéria relativa ao tal ato político. Entende-se até ter sido contraditório o autor, uma vez que este chega a reconhecer que o fundamento do ato político "se encontra na Constituição". Ora, se o ato é fundamentado na Lei Maior, obviamente está submetido a seus preceitos para fins de verificação de sua legitimidade normativa.

Pelo exposto, crê-se que se pode, então, identificar o **ato político** – inclusive aquele pelo qual se procede à escolha dos programas de ação relativos às políticas públicas – com o **ato administrativo discricionário**, ressalvando a apontada diferença de grau, de intensidade no tocante à margem de liberdade resultante da discricionariedade outorgada, que nos atos políticos, enquanto atos de governo, é bem mais elevada quando comparada com aquela presente nos atos discricionários ordinários.

Dentro do objeto de análise do presente trabalho, a questão que se coloca, pois, é saber sobre a possibilidade de o Poder Judiciário – no exercício da função jurisdicional que lhe é constitucionalmente outorgada – sindicarem estes atos de governo que, ao fazerem opções políticas à vista das múltiplas possibilidades de atuação que surgem diante do problema social detectado e posto a solução, estabelecem o planejamento das políticas públicas, as quais são depois executadas pela Administração. E mais: há de se questionar também, em sendo admitida essa sindicabilidade, em que extensão esta pode legitimamente se dar.

As respostas a esses questionamentos, no entanto, não são simples, demandando que se adentrem em intrincados temas jurídicos. É o que se tentará fazer nos próximos tópicos.

3 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 A DIVISÃO DOS PODERES E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Como se sabe, o Estado, como entidade abstrata e cultural de criação humana, manifesta-se no mundo pelo próprio homem, que, quando se encontra nessa particular situação, observados os procedimentos pertinentes previstos na ordem jurídica, é qualificado como “agente público”. Assim, quando este age nessa condição, é como se o próprio ente estatal se fizesse presente e atuasse pessoalmente, existindo uma relação de imputação direta entre os atos praticados pelo agente público e a entidade de cuja estrutura orgânico-funcional aquele faça parte (**teoria da imputação**).

Por outro lado, desde a eclosão das revoluções liberais do século XVIII, como resultado da insurgência popular de viés burguês contra a concentração e personificação do poder nas mãos das monarquias absolutistas, as funções preponderantes do Estado, aquelas atividades fundamentais justificadoras de sua existência, passaram a ser repartidas entre diferentes estruturas organizativas de poder. Isso com a finalidade de que esses diferentes organismos, detentores cada um, agora, de parcela do poder estatal, fiscalizassem uns aos outros, servindo, assim, de anteparo ao cometimento de eventuais abusos, no que se convencionou chamar de “**sistema de freios e contrapesos**” (*check and balances system*).

Este fracionamento e repartição das funções do Estado, concretização da **teoria da divisão dos poderes** desenvolvida por Montesquieu (2012), hoje acolhida pela quase totalidade das ordens jurídicas dos países democráticos, resultou na criação de três distintos Poderes, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada um destes titular preponderante de uma das típicas atribuições outorgadas ao Estado: administrar, legislar e julgar, respectivamente. Concentremos nossa análise, por ora, no primeiro daqueles Poderes.

Apesar de se afirmar, genericamente, que ao Poder Executivo cabe administrar a coisa pública e executar os comandos legais editados pelo Legislativo, sua competência, a bem da verdade, é de **natureza residual** em relação às funções outorgadas aos outros dois Poderes, na medida em que lhe compete todas aquelas atividades que não consistam ou na edição de normas autônomas,

gerais e abstratas tendentes a regulamentar o convívio social (função legislativa), ou no julgamento de lides com força de definitividade e coercibilidade (função jurisdicional). Portanto, qualquer atividade estatal que não seja considerada de natureza legislativa ou judicial é administrativa. Desse modo, pode-se afirmar que ao Poder Executivo, como exercente da Administração Pública, cabe, dentre outras, as tarefas de gerir e executar as atividades materiais do Estado, de modo a serem atingidas as finalidades dispostas na **lei**; fiscalizar a atuação dos particulares com base nos parâmetros de comportamento **fixados legalmente**; e disponibilizar utilidades materiais à população conforme planos e metas estabelecidos igualmente por **instrumentos legais**.

[...] ao Poder Executivo, como exercente da Administração Pública, cabe, dentre outras, as tarefas de gerir e executar as atividades materiais do Estado, de modo a serem atingidas as finalidades dispostas na lei [...]

Como se nota da deliberada repetição feita no parágrafo anterior, um traço distintivo de todo o atuar da Administração Pública é sua constante submissão à lei. Com efeito, o administrador público, como gestor de interesses alheios (interesses de toda a sociedade), não é senhor absoluto do conteúdo de seus atos, não é completamente livre para escolher o caminho a seguir, não tem o poder de escolher entre agir e não agir, ou mesmo quando agir. É verdade que, como se verá mais adiante, em algumas situações o gestor público até detém certo grau de liberdade na apreciação da situação subjacente posta e, a partir desta, na tomada de decisão sobre como atuar, contudo essa liberdade, quando existente, tem sempre por objetivo atingir da melhor maneira possível a finalidade pública fixada na própria lei outorgadora da competência. Esta ínsita limitação da Administração aos termos da lei decorre do **princípio da legalidade**, o qual é corolário necessário do **paradigma jurídico do Estado democrático de Direito**, na medida em que se reconhece que o braço executivo do Estado não está imune à regulamentação veiculada pela lei, que, por sua vez, é resultado da vontade soberana do povo, verdadeiro e único titular do poder (art. 1º, parágrafo único, CF/88), exercido por

meio de seus representantes democraticamente eleitos.

Portanto, e este é um ponto importante que merece ser desde já assentado, o Poder Executivo jamais possui liberdade absoluta para decidir quando e como agir, vez que, mesmo nas hipóteses em que existente certa margem de escolha legítima para o administrador, ainda assim seu comportamento será limitado sob certos aspectos e à vista do caso concreto em virtude do qual se dá sua atuação. Dessa constatação de que os atos administrativos são sempre, em certa medida, sujeitos a restrições, conclui-se como decorrência lógica – e por força também do já mencionado paradigma do Estado democrático de Direito – que

esses atos devem necessariamente ser passíveis de controle.

O **controle dos atos administrativos**, seguindo o mencionado sistema de freios e contrapesos, dá-se pelas três estruturas orgânicas do poder estatal. Com razão, o ato administrativo é passível de revisão pela própria Administração por meio do que se denomina “**poder de autotutela**”, que nada mais é do que a possibilidade jurídica daquela de anular seus atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou revogá-los quando eles não se mostrarem mais oportunos ou convenientes, isto quando tais critérios de valoração subjetiva são admitidos pela lei¹⁰. Os atos administrativos são também sindicáveis pelo Poder Legislativo, que pode verificar sua legitimidade jurídica tanto diretamente, por meio de apuração levada a cabo pelo próprio Parlamento ou por intermédio de suas pertinentes comissões, como por meio do correspondente Tribunal de Contas, que, constituindo órgão auxiliar do Legislativo, assessora-o no exame técnico-contábil dos atos e contratos da Administração, para fins de fiscalização quanto ao cumprimento da legalidade e economicidade, dentre outros parâmetros de controle (arts. 31, § 1º, 33, § 2º, 71, CF/88). E, por fim, tem-se o controle jurisdicional dos atos adminis-

trativos, exercido, obviamente, pelo Poder Judiciário à vista da provocação de quem se sinta lesado ou ameaçado de lesão em razão do questionado comportamento da Administração (art. 5º, XXXV, CF/88). O primeiro desses controles é denominado “**interno**”, uma vez que exercido pelo próprio poder emissor do ato controlado, ao passo que os outros dois classificam-se como **externos**, na medida em que se tem uma sindicância desempenhada por poder diverso.

Ater-se-á, agora, ao controle jurisdicional do ato administrativo, foco de investigação do presente artigo.

3.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: DA LEGALIDADE À JURISDICIDADE

Como se consignou acima, a atuação do administrador público é sempre legalmente condicionada, em maior ou menor intensidade, a depender do caso. Isso porque as competências a ele outorgadas o são na condição de “**função**”, na medida em que o termo implica a ideia de atribuições subordinadas a um fim do qual o executor não pode dispor, e não na condição de “**poder**”, que significaria a possibilidade de o agente estatal agir conforme vontade própria, desvinculado de quaisquer parâmetros externos que tenham lhe sido impostos.

Na verdade, pode-se até corretamente falar que a Administração Pública detém “**poder**”, uma vez que, em algumas situações, é lhe permitido praticar atos autoexecutórios¹¹ visando à preservação da segurança, da saúde e da incolumidade públicas, como acontece quando exerce o **poder de polícia**; ou porque pode também dispor normativamente sobre o modo de execução de um determinado comando legal, ao exercer o **poder normativo**; ou, ainda, em razão de poder aplicar uma sanção a um servidor ímprobo, no exercício do chamado “**poder hierárquico**”. Todavia, todos esses “**poderes**” somente são outorgados pela ordem jurídica ao administrador com a finalidade de dotar este de instrumentos que lhe permitam atuar satisfatoriamente na persecução do interesse público que lhe é afeto, devendo o tal “**poder**” ser exercido apenas na medida indispensável para que esse resultado seja alcançado (proporcionalidade em sentido estrito).

Daí porque Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 62) prefere a expressão “**dever-poder**”. Nas palavras do autor, não se poderia de forma alguma supor: *que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.*

Entretanto, nem sempre foi assim. No período dos Estados monárquicos absolutistas, nos quais a figura do rei confundia-se com a da própria entidade estatal e os interesses e atos daquele eram considerados como inquestionável expressão da vontade da nação, às vezes tidos como praticados por direta inspiração

divina, a atuação do administrador, como extensão e mero executor da vontade real, não encontrava limites com base nos quais pudesse ser contrastado. Uma expressão da época que bem denota esse estado de coisas é o conhecido brocardo “*the king can do no wrong*”¹². Este “**pensamento jurídico**”, se analisado bem, era até correto sob a lógica então vigente, uma vez que as leis eram criadas e editadas pelo próprio monarca, que, ato seguinte, às executava mediante seus subordinados. Então, se alguma lei se tornasse inconveniente sob o ponto de vista do rei, bastava que este a revogasse ou, melhor, a declarasse nula retroativamente. E mais: lembre-se que nesse contexto ainda não se tinha uma Constituição rígida hierarquicamente superior que subordinasse os poderes constituídos e os demais atos normativos por estes editados. Em outras palavras, o rei – o Poder Executivo da época – podia tudo.

Com a eclosão das revoluções liberais do final do século XVIII, como a francesa e a americana, seguidas de outras convulsões sociais que geraram também profundas reformas políticas em outros países da Europa e da América no decorrer do seguinte século XIX, verificou-se uma significativa mudança de paradigma no que se refere ao exercício do poder estatal. Como já dito acima, a emergente burguesia vitoriosa passou a exigir que o poder do Estado fosse repartido e dividido, bem como que estes poderes constituídos ficassem subordinados a uma Carta Política localizada no topo do ordenamento jurídico, a qual conteria os alicerces fundamentais do Estado, como a forma de exercício do poder e o rol de direitos considerados fundamentais da pessoa humana. Como corolário dessas mudanças, fixou-se também que a Administração Pública não poderia mais ser considerada senhora de seus atos, estando ela, de agora em diante, subordinada também à lei, como expressão do poder popular, tal qual a generalidade das pessoas. Eis, pois, o quadro normativo emergente do **paradigma do Estado de Direito**.

É a partir daí que surge o próprio **Direito Administrativo**, ramo do Direito que cuida de estudar as normas jurídicas que disciplinam o comportamento da Administração Pública. Antes do referido marco temporal, não existiam propriamente normas a regulamentar o atuem administrativo, pelo menos não com a feição jurídica de Direito Público de que hoje se revestem. Nesse exato sentido é a lição de Maria Silvia Zanella di Pietro (2013, p. 2): *Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial a lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. Daí a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média.* (Grifos do autor)

A partir daí, bem fixadas estas balizas de atuação do Estado-Administração e instituído um Poder Judiciário independente com competência para dirimir conflitos com base nas normas dispostas na lei e na Constituição, não mais se questionou a

possibilidade de os atos administrativos serem submetidos ao controle jurisdicional a instâncias da parte interessada. O que mudou, desde então, entretanto, foi a amplitude desse controle.

Com efeito, no início, por força até da **Escola Legalista ou Exegética do Direito**, surgida na França napoleônica ainda sob forte influência da visão originária e rígida do princípio da separação dos poderes, o Judiciário apenas podia fiscalizar a atuação administrativa tendo como parâmetros os termos da lei outorgadora da respectiva competência e apenas nos aspectos do ato que se encontrassem vinculados à lei. Caso, pelo contrário, se estivesse diante de ato praticado com base em competência discricionária – em que certos elementos escapam da relação de estrita vinculação legal, para admitir variações de forma e conteúdo e momento de execução, de acordo com apreciações subjetivas do administrador, pautando-se este por critérios de conveniência e oportunidade –, não se admitia absolutamente que o Judiciário o controlasse, sob pena de ofensa ao sagrado princípio tripartição dos poderes¹³.

Esta fase inicial do Estado de Direito encontrava-se intimamente atrelada ao paradigma do Estado Liberal, pelo que pautada em cima, dentre outros, dos dogmas da segurança jurídica, da sapiência absoluta do legislador, da completude e racionalidade do sistema normativo e da separação estrita das funções estatais entre os poderes constituídos, todos característicos do **movimento positivista**, no qual a exaltação do princípio da legalidade – verdadeiro baluarte do ideário burguês inspirador das reformas liberais – gerava um autêntico “fetichismo da lei”. Ocorre que, superados o furor e o arroubo dessa fase inicial, emerge um novo paradigma jurídico-político mais sensato e ponderado, associado agora ao Estado democrático de Direito.

Este, fundamentado no que se convencionou chamar de **neonstitucionalismo**, surge, então, como defensor da prevalência de novos valores – tais como a justiça e a dignidade da pessoa humana – sobre os antigos dogmas acima referidos. Contrapondo-se às ideias positivistas, apresenta-se como propagador da racionalidade limitada do legislador e da insuficiência e lacunosidade do sistema

legal. Surge como defensor da relatividade da divisão dos poderes estatais e instaurador de uma ordem jurídico-constitucional na qual os princípios positivados pela Constituição possuem eficácia normativa plena, subordinando a validade e condicionando a interpretação de todas as normas de estatuta infraconstitucional. Está-se diante do que muitos doutrinadores nominam de **movimento pós-positivista**¹⁴.

Os atos administrativos são também sindicáveis pelo Poder Legislativo, que pode verificar sua legitimidade jurídica tanto diretamente, por meio de apuração levada a cabo pelo próprio Parlamento ou por intermédio de suas pertinentes comissões [...]

Com essa mudança radial – que não se deu, entretanto, de uma hora para outra –, altera-se também a forma e a extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos. A fiscalização judicial deixa de se limitar aos aspectos legais do ato para passar a considerar outros parâmetros de controle. Procedese, agora, à verificação acerca de sua adequação aos preceitos constitucionais; analisa-se a observância da razoabilidade e da proporcionalidade, constatando-se se há harmônica relação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como se não se cometeu nenhuma restrição desnecessária ao direito dos administrados; investigam-se aspectos de economicidade do ato; adentra-se na análise sobre sua eficiência, no que se refere à capacidade de alcançar os melhores resultados possíveis; dentre outros aspectos que antes não eram levados em consideração pelo magistrado a quem distribuído feito questionador de um comportamento qualquer da Administração Pública.

Daí por que se dizer que do mero **controle de legalidade** dos atos administrativos se evoluiu para o **controle de juridicidade** destes, uma vez que significativamente ampliados os parâmetros para a sua fiscalização. Acerca do tema, colaciona-se a seguinte passagem da clássica obra de Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 81): *A evolução jurisprudencial das técnicas de controle da Administração Pública confunde-se com o desenvolvimento histórico do Direito Administrativo. [...] De início circunscrito*

ao controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, ou seja, ao exame dos vícios de incompetência, de forma, de desvio de poder, do erro de fato e do erro de direito, o controle jurisdicional da atividade administrativa – denominado ‘controle mínimo’, no Direito Francês, ampliou-se, pouco a pouco, de modo a alcançar, além daqueles aspectos predominantemente regrados pela lei, outros domínios, tidos tradicionalmente como

insindicáveis pelos Tribunais. Os domínios da atuação administrativa não vinculada começaram a balizar-se, não mais pela legalidade, mas por outros parâmetros, frutos de criação e construção jurisprudencial, posteriormente, positivados nos textos constitucionais e legais de diversos países, sem que, no entanto, jamais se chegasse ao ponto extremo de negar a existência de situações administrativas ou, ao menos, de aspectos de determinados atos administrativos insuscetíveis de revisão judicial plena.

Segue a mesma linha de raciocínio Emílio de Medeiros Viana (2010), de acordo com o qual: *a crítica à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos (e as políticas públicas realizam-se por meio de um ou de vários atos administrativos, como é evidente) restou superada pelo reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, aos quais está vinculada a atuação discricionária da Administração Pública. Delineia-se, então, doutrina que admite esfera de discricionariedade (administrativa) justificável. Assim, já não há falar na clássica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.*

No tópico seguinte, analisar-se-á melhor esses novos parâmetros do controle judicial da atuação da Administração, inclusive para tentar fixar seus limites, uma vez que, como bem colocado por Germana Moraes, não se nega a existência de situações em que não é admitida a revisão

judicial do ato administrativo. Mas para isso é essencial que se compreenda a real natureza do ato discricionário e de sua finalidade.

3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A **vinculação administrativa** é facilmente compreendida. Nela, a lei prevê objetivamente, por meio de conceitos unisignificativos e termos jurídicos sedimentados, o acontecimento fático em função do qual o agente administrativo, apontado também pela lei, deve agir, indicando de maneira direta e objetiva o único comportamento admitido à vista do aludido fato. Aqui, é a própria lei quem já escolhe a forma de se alcançar a finalidade pública, tendo em vista que consegue, de antemão, prever exatamente as possibilidades de ação à vista daquela hipótese fática e escolher, a partir delas, a mais adequada, a mais eficiente, enfim, a melhor para se atingir o objetivo visado. Ora, diante de tão estreito caminho disponibilizado ao administrador, desprovido de encruzilhadas, entroncamentos ou outras variantes, é igualmente fácil concluir que o controle judicial do correspondente ato é o mais amplo possível, abarcando todos os seus elementos.

A **discricionariedade administrativa**, todavia, não é tão simples, ao menos no que toca à identificação de sua causa, de sua razão de ser. Nela, a lei outorgadora da competência **a)** não descreve antecipadamente o pressuposto fático para a prática do ato ou, se o descreve, o faz com expressões vagas, imprecisas ou plurissignificativas cujo sentido precisa ser preenchido por juízos subjetivos de valor; ou **b)**, independentemente da existência dessa previsão do acontecimento fático que irá suscitar o atuar administrativo, ou da forma como ela se dá, em termos precisos ou imprecisos, a lei de competência confere ao administrador liberdade para decidir praticar um dentre uma série de atos que reputa igualmente cabíveis ou, ainda, não praticar ato algum, decisão essa que é tomada segundo critérios de conveniência e oportunidade; ou, por fim, **c)** a lei limita-se a atribuir ao administrador competência para praticar ato ou atos tendentes a alcançar um objetivo que é fixado, também pela lei, em termos genéricos, com expressões vagas, refratárias a uma significação unívoca inquestionável.

Assim, a discricionariedade administrativa necessariamente vai pressupor uma margem de liberdade decisória que remanesça ao administrador à vista da regulamentação legal do ato. A este espaço de liberdade chama-se **"mérito do ato administrativo"**. Segundo a doutrina, é justamente esse o núcleo intangível do ato discricionário, seu elemento insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Germana Moraes (2004, p. 49), o mérito *pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário.*

O problema, contudo, consiste em saber quando existirá o tal "espaço de liberdade do administrador" e quais serão os seus contornos, o tamanho desse espaço. É que, como se demonstrará mais abaixo, da só existência de discricionariedade na previsão da lei (**discricionariedade in abstracto**) não decorre que sobra ao administrador necessariamente alguma liberdade decisória (**discricionariedade in concreto**). A previsão legal

de competência discricionária, assim, é pressuposto necessário, mas não suficiente para a ocorrência de discricionariedade diante do caso prático em face do qual o ato deve ser praticado.

Para que se entenda essa aparente contradição, faz-se imperioso ter em mente que, por força de princípios vetores de qualquer Estado democrático de Direito, a previsão legal de competência discricionária não significa a outorga, pelo Poder Legislativo, de uma "carta branca" ao Poder Executivo para que este pratique o ato da forma como lhe convier. A lei, mesmo tendo sido criada pelo povo por meio de seus representantes, não tem o poder de libertar assim a Administração das amarras a que se acha atada desde a instauração do chamado "Estado de Direito", conforme já referido. Como também já se disse, o administrador público exerce uma função, significando isto que suas atribuições são sempre vinculadas ao atingimento da finalidade pública visada pela lei ou pela Constituição.

Nestes termos, quando se outorga à Administração uma competência discricionária faz-se com o único objetivo de conferir a esta a possibilidade de, à vista das peculiaridades de cada caso concreto, averiguar qual ato alcançará, da melhor forma possível, tal finalidade pública. Procede-se dessa forma porque, em algumas situações, não é possível ao legislador antever quais serão as exatas características do pressuposto de fato do ato administrativo ou qual é o comportamento ideal, diante desse fato, para se atingir a finalidade visada, como se dá nos casos de vinculação administrativa.

A respeito do tema, vale-se mais uma vez das sagazes observações de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 846): *A discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção.*

Portanto, a discricionariedade existe por um motivo, por uma razão de ser, qual seja, instrumentalizar a Administração com a capacidade de agir, com certa liberdade em algumas hipóteses para que, assim, possa avaliar, levando em conta as circunstâncias do caso, qual das opções decisórias disponibilizadas pela lei outorgadora da competência é aquela que melhor sirva ao atingimento da finalidade ali prevista.

Com efeito, é até questão de lógica supor que se a lei, ao prever uma discricionariedade administrativa, admite como válida uma variedade de condutas, só pode ser porque pretende que se adote certa solução para um dado tipo de casos e outra para casos diversos, de forma que sempre seja adotada a chamada **"solução ótima"**, por ser a mais adequada à fisionomia própria de cada situação. Assim sendo, tem-se que as múltiplas soluções comportadas pela lei não são indiferentes diante do caso concreto.

Dessa conclusão, chega-se, por desenvolvimento do raciocínio, a outra: a de que a existência de discricionariedade no plano abstrato (no plano da lei), não implica necessariamente a existência de discricionariedade no plano concreto (no plano do ato)¹⁵. Isso porque aquela discricionariedade apenas permanecerá nas hipóteses em que, à vista do caso prático, não se possa inferir com um grau de absoluta objetividade qual das opções de ação albergadas pela lei é aquela considerada “ótima”. Em sendo possível identificar, sem margem de dúvidas, qual seria a solução que melhor cumpre o fim visado pela lei aplicada dentre aquelas previstas como indiferentemente admissíveis no plano abstrato, a liberdade do administrador, diante do caso concreto, acaba por esvaziar-se, vez que necessariamente deverá adotar a tal solução. Diz-se, então, que a **discricionariedade foi reduzida a zero**.

Deve-se tratar ainda das hipóteses em que a discricionariedade é resultante da utilização, pela lei outorgadora da competência, de conceitos jurídicos indeterminados, os quais, segundo Germana Moraes (2004, p. 171), são aqueles que, quando de sua aplicação, demandam um processo de preenchimento semântico, isto é, de ‘densificação’, feito através de uma valoração. O significado desses conceitos, portanto, é vago, fluido, impreciso, exigindo, para sua definição, a utilização de juízos de valor subjetivo do intérprete. Todavia, há de se ter em vista que, também nesses casos, a discricionariedade prevista no plano abstrato pode reduzir-se consideravelmente no plano concreto, uma vez que, mesmo em se tratando desses conceitos, haverá hipóteses em que se terá certeza absoluta de que o conceito tem aplicação e outras de que, pelo contrário, esta incidência é indevida. Assim, apenas nos casos em que haja objetivamente dúvidas sobre o cabimento do conceito, quando se estiver dentro da chamada “zona cinzenta”, é que se terá como persistente a discricionariedade administrativa. Sobre o tema, eis mais uma vez a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 399): *É que mesmo estes conceitos chamados ‘fluidos’ possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma aréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza*

za positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito. [...] Assim como a dúvida pode se instaurar precedentemente em inúmeras situações – quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal do administrador –, em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento da qualificação. [...] Aí, então, não haverá discricionariedade alguma para o administrador.

Faz coro a doutrina de Germana Moraes (2004, p. 171), que, com acerto, assevera que o Poder Judiciário somente pode intervir plenamente quando se estiver diante de zonas de certeza positiva ou negativa: *O conceito indeterminado, como visto, apresenta uma zona de certeza positiva e zona de certeza negativa, situações limites em que se autoriza a intervenção judicial. Quando é possível identificar as situações concretas – os fatos que com certeza se enquadram no conceito (zona de certeza positiva), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou de incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite parcial controle jurisdicional.*

Com a eclosão das revoluções liberais do final do século XVIII, como a francesa e a americana [...] verificou-se uma significativa mudança de paradigma no que se refere ao exercício do poder estatal.

Com base no exposto acima, conclui-se, então, com a fixação da premissa de que o **mérito propriamente dito do ato administrativo** – aquele espaço de liberdade decisória do administrador que não pode sofrer a revisão do Judiciário, vez que protegido pelo princípio da separação das funções estatais entre os Poderes da República – apenas existirá quando, no exercício de competência discricionária, diante das características do caso concreto em virtude do qual se está tomando a decisão, não se possa concluir objetivamente, isto é, independentemente de juízos de valor subjetivos,

qual é a solução mais adequada à satisfação da finalidade disposta na lei ou na Constituição ou qual é o significado que deve ser atribuído ao conceito juridicamente indeterminado utilizado pela norma de competência, pois aí efetivamente permanecerá ao administrador liberdade de escolha, dentro dos limites previstos, que há de ser exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Consequentemente, fora desse intangível espaço de liberdade administrativa, é plenamente possível o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, podendo o Judiciário, mediante provocação da parte interessada, invalidar ato que tenha desobedecido alguns dos aspectos sujeitos a critérios de legalidade – lembrando que, mesmo atos praticados no exercício de competência discricionária possuem elementos vinculados – ou que, sob o pretexto de a norma outorgadora da competência ter aberto ao administrador uma multiplicidade de escolhas possíveis, tenha eleito uma que, diante das características da situação fática em vista da qual se está praticando o ato, não represente a solução ótima à consecução da finalidade pública buscada, desde que esta seja aferível para além de opiniões estritamente pessoais de conteúdo valorativo, pois, nesses casos, a discricionariedade não vai até onde se pretendeu.

A verificação acerca do extravasamento ou não do espaço de liberdade confe-

rido pela norma, notadamente diante do contexto fático subjacente ao ato, deve ser feita pelo Judiciário à vista da finalidade visada pela lei outorgadora da competência, tendo-se também como parâmetros de controle os preceitos constitucionais que sujeitam o comportamento administrativo, com destaque para o **princípio da proporcionalidade**. Assim, amparado em tais critérios, pode o magistrado concluir que, na hipótese *sub judice*, a atuação administrativa questionada, a despeito de ter se contido dentro das possibilidades abstratas da norma instituidora da função discricionária, mostrou-se, naquele caso

concreto, evidentemente discrepante da almejada solução ótima, que deve ser sempre a meta do administrador.

Traçadas as necessárias premissas acima, pode-se, agora, munido do instrumental teórico pertinente, adentrar mais propriamente no problema central da investigação desenvolvida neste capítulo, que consiste em saber sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, mediante provocação, sindicatizar as políticas públicas e, mais especificamente, os atos de governo que elegem os programas de ação referentes a essas políticas, fixando a extensão dessa sindicabilidade.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS (POLITIC QUESTIONS)

Sempre foi polêmica a questão atinente à possibilidade de o Judiciário – um Poder essencialmente técnico cujos membros não ingressam mediante o exercício do sufrágio popular – sindicatizar atos do Executivo considerados de natureza política. Estes atos, que fixam os rumos da Administração Pública, elegendo, planejando e organizando os programas de intervenção estatal nas mais diversas áreas, sempre com vistas à satisfação concreta dos direitos fundamentais e tendo como diretrizes os preceitos insertos na Constituição Federal¹⁶, são por muitos considerados imunes ao controle judicial. A vedação dessa instância de revisão, inclusive, vinha expressa no texto das **Cartas Constitucionais de 1934 e 1937**, em seus arts. 68 e 94 respectivamente, com a seguinte redação: *É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.*

Esse entendimento de que aos magistrados não cabe conhecer de questões essencialmente políticas tem a origem de sua formulação teórica na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, tribunal este conhecido, por sinal, por sua postura autorrestritiva (*self restraint*) nos julgamentos em que questionados atos de governos emanados da chefia do Executivo. Cuida-se de construção teórica que ficou conhecida como **Doutrina das Questões Políticas** (*Political Question Doctrine*) e deita raiz no famoso caso *Marbury v. Madison*¹⁷.

Como já foi exposto no primeiro tópico do presente capítulo, entende-se que o ato político faz parte do gênero “ato administrativo”, identificando-se, mais estreitamente, como o ato discricionário, existente apenas **diferença de grau** entre ambos, vez que a norma de competência autorizadora da prática daquele confere ao agente público tomador da decisão (*policy maker*) um grau mais elevado de discricionariedade, isto é, outorga-lhe uma mais larga margem de liberdade no processo de escolha sobre como agir diante do contexto fático que se descortina à frente e em razão do qual será praticado o ato político. Esse maior espaço de desenvoltura, como também já ficou dito, é fruto seja da falta de parâmetros legais regulamentadores do comportamento relativo ao tema, seja da generalidade, vaguidade e porosidade desses parâmetros acaso existentes, o que faz com que o agente público tenha unicamente como marco normativo limitador de sua atuação – lembremos que, em um Estado de Direito republicano, a Administração Pública sempre é limitada – a própria Constituição.

Ocorre que, apesar de se estar diante de um ato cuja prática é albergada por uma elevada carga de discricionariedade, não se pode concluir daí que este ato não esteja sujeito a limites e,

por via de consequência, ao controle jurisdicional. Muito pelo contrário. Como se frisou mais acima, a previsão e o exercício da competência discricionária sempre pressupõem a busca, diante das características da situação concreta subjacente à decisão, da chamada “**solução ótima**”, que consiste na melhor forma possível de se atingir a finalidade visada pela lei ou pela Constituição.

Assim, os referenciais para o controle do ato sempre existirão, seja na eventual lei que regulamente a atuação administrativa naquela referida área, seja diretamente na Carta Constitucional, de cujas normas não se questiona mais a eficácia jurídica. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 857) ao tratar do tema da sindicabilidade do ato administrativo discricionário, *a ausência de um contraste possível seria o mesmo que a ilimitação do poder administrativo, idéia contraposta ao princípio da legalidade, viga-mestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo.*

Todavia, como igualmente já ficou consignado, não se nega que, em certas situações, efetivamente existe um núcleo de decisão política que se constitui em um espaço insindicável pelo Poder Judiciário, sob pena de subversão do princípio da separação dos poderes estatais. Essa margem de atuação imune à revisão judicial se verificará sempre que, com base nos parâmetros de controle fornecidos pelo ordenamento jurídico, não seja possível identificar objetivamente – isto é, sem que se utilize critérios puramente subjetivos, impregnados de valores pessoais – qual é essa solução ótima diante da situação concreta, qual é a melhor forma de se alcançar os objetivos fixados nos diplomas legais pertinentes ou deduzidos diretamente do texto constitucional. Nessas hipóteses, a escolha sobre qual decisão tomar, sobre qual caminho seguir, sobre qual forma de atuação estatal melhor atende ao interesse público, considerada a tábua de valores emanadas da Carta Constitucional, ficará exclusivamente a cargo do agente político ao qual a ordem jurídica confere a correspondente função. Esse intocável espaço remanescente da discricionariedade administrativa é o que se chama mérito administrativo, ou, como se pode dizer aqui, em se tratando de atos políticos, **mérito do ato político**¹⁸.

Aquele entendimento – adotado pelas Constituições brasileiras de 1934 e 1937 e ainda hoje seguido pela Suprema Corte americana – de que os atos políticos estariam simplesmente fora do alcance do controle judicial não pode mais prosperar entre nós diante do teor de nossa atual ordem constitucional. É que a Constituição Federal de 1988, reiterando preceito já presente nas últimas Cartas, acolhe, em seu art. 5º, XXXV, o **princípio da inafastabilidade da jurisdição**, o qual literalmente afirma que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. De acordo com referido princípio, toda e qualquer situação que represente, aos olhos da parte interessada, lesão ou a ameaça de lesão a direito de que se julga titular esta, pode ser levada ao conhecimento do Judiciário, que, em sendo o caso, deve exercer o controle do comportamento questionado.

Da abrangência do mencionado princípio não escapam os atos políticos, que, se tiverem o potencial de causar dano à esfera jurídica de pessoa ou pessoas determinadas ou de uma certa coletividade ou, ainda, de um grupo difuso e indeterminado de sujeitos, poderão vir a ser questionados no âmbito judicial pela parte processualmente legitimada, conforme o caso¹⁹. Como se afirmou há pouco, mesmo cuidando-se de atos políticos,

atos de governo, parâmetros de controle existem e devem ser utilizados pelo magistrado. Compartilha dessa conclusão Maria Sílvia Zanella di Pietro (2013, p. 817-818): *Com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que os atos políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu art. 94. Essa norma ligava-se à concepção de ato político como aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como o exercício do direito de ação estava condicionado à existência de um direito individual lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais. Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada; inicialmente pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais.*

Concorda também José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 811): *A doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos [atos políticos] são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem evitados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade. Aqui o problema não diz respeito ao conteúdo e ao motivo dos atos, mas sim a elementos que não podem deixar de ser fiscalizados, porque nesse caso preleva o princípio da legalidade e da supremacia da Constituição. A vedação ao controle limita-se apenas à valoração dos motivos dos atos por situar-se na esfera privativa do agente governamental.*

Concluindo-se pela possibilidade de revisão judicial dos atos políticos e, por via de consequência, também das políticas públicas, cumpre, finalmente, investigar a extensão legítima dessa intervenção, identificando os parâmetros que devem ser utilizados pelo magistrado no exercício deste controle.

4.2 LIMITES E PARÂMETROS PARA O CONTROLE JURISDISSIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como ficou registrado, o processo ou o ciclo das políticas públicas pode ser

decomposto em quatro etapas, a saber: 1) a identificação do problema, que se caracteriza por uma demanda social; 2) a formulação de um plano de ação estatal direcionado a satisfazer a tal demanda; 3) a execução do plano, eventualmente contemplando a participação de particulares; e 4) o monitoramento da implementação do plano, em uma constante fiscalização sobre o atingimento das metas estabelecidas, procedendo-se às correções que se fizerem necessárias. Partindo dessas quatro fases, passa-se a averiguar a possibilidade de sindicância de tais políticas por parte do Judiciário.

Bem, ao menos a princípio, o controle externo da **primeira etapa** se mostra inútil, inócuo, desnecessário, na medida em que esta se resume em atos, por assim dizer, meramente preparatórios da política pública a ser implantada. Com efeito, constitui-se basicamente em uma atividade de diagnóstico de determinado anseio social, o qual é alcançado por meio de estudos, vistorias, estatísticas e discussões, geralmente levados a cabo por servidores técnicos da Administração Pública com conhecimentos específicos sobre a respectiva área.

[...] a discricionariedade administrativa necessariamente vai pressupor uma margem de liberdade decisória que remanesça ao administrador à vista da regulamentação legal do ato.

Não se está dizendo aqui, ressalvado, que a tecnicidade desses estudos tenha a capacidade de suprimir eventual visão ideológica de que estejam impregnados os tais agentes do Estado enquanto componentes de um grupo político, conferindo-lhes uma suposta objetividade capaz de afastar possíveis desvios ou falhas, mas apenas que se está diante de uma atividade marcadamente científica, com o rigor procedimental que lhe é próprio. Apenas se vislumbraria interesse/necessidade de se questionar judicialmente ato administrativo praticado nessa primeira etapa se fosse, por exemplo, divulgado estudo baseado em dados manifestamente equivocados. E, mesmo nessa hipótese, haveria de ficar demonstrada a potencial relação de causalidade entre o equívoco e a lesão ou risco de lesão ao direito invocado pela parte autora da ação.

Já a **segunda fase**, atinente à escolha sobre qual linha de ação seguir com o objetivo de atender à demanda da população que foi identificada na primeira etapa, formulando-se o correspondente plano de execução, é a que mais suscita dúvidas sobre a possibilidade de revisão por parte do Judiciário e, também, a mais relevante para o objetivo da investigação aqui desenvolvida. É que, como ficou dito, tal decisão possui inquestionável natureza política, seja quando formalizada em uma lei geral sobre determinada área de atuação, seja quando veiculada diretamente pelo Executivo. Ocorre que, como igualmente já consignado, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo tais atos não podem fugir completamente do controle exercido pela população por meio do Judiciário.

Em sendo a opção realizada por uma lei, aberta estará a possibilidade de seu contraste com o Texto Constitucional por meio do controle de constitucionalidade, a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, vez que adotado entre nós o **sistema misto**²⁰. Inexistindo tal diploma normativo, a sindicância será exercida diretamente sobre o ato do Executivo que

titui um ato de governo, um ato político, e se este se identifica com o ato administrativo discricionário, presente apenas a mencionada diferença de grau no tocante à carga de liberdade de escolha proporcionada pela discricção, que naquele (ato político) é mais elevada, o seu controle jurisdicional será exercido nos mesmos moldes desses últimos (atos administrativos discricionários), observada e respeitada apenas a aludida nota distintiva.

Assim, a fiscalização judicial, para além da verificação acerca da observância dos **aspectos vinculados do ato** (que sempre existem), deve proceder também à análise sobre o respeito aos **preceitos constitucionais** incidentes no caso, analisando igualmente a presença de **proporcionalidade** na medida adotada, verificando se houve harmônica relação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como se não se cometeu nenhuma restrição desnecessária ao direito dos administrados.

[...] o que importa é a investigação sobre a possibilidade do controle judicial da decisão política acerca dos atos a serem posteriormente implementados, que podem consistir na construção de uma obra pública, na realização de uma licitação [...]

Dever-se-á investigar também a **razoabilidade** da escolha feita à vista do contexto socioeconômico subjacente à decisão, analisando-se globalmente o conjunto de carências e demandas sociais para, a partir daí, poder-se eventualmente concluir pela não observância da escala de relevância dos valores constitucionais ali encarnados. A revisão judicial abrangerá igualmente aspectos de **economicidade** do ato, os quais se relacionam diretamente com a análise acerca de sua **eficiência**, consubstanciada esta na capacidade de se alcançar os melhores resultados possíveis diante dos escassos recursos disponíveis. Cuida-se, como ficou dito, do chamado **"controle de juridicidade"** do ato, bem mais abrangente do que o tradicional e estreito controle de legalidade.

No exercício do referido controle, deve-se ter presente o fato de que, por força de princípios vetores de qualquer Estado democrático de Direito, a discricionariedade reconhecida ao administrador público quando da prática de ato político não implica atribuir-lhe uma espécie de "salvo conduto" ou "carta branca" para que decida em qualquer sentido, independentemente das circunstâncias do caso concreto e dos valores constitucionalmente incidentes na hipótese. Lembre-se que todo agente público exerce uma função, de modo que suas atribuições são sempre vinculadas ao atingimento da finalidade pública visada pela lei ou pela Constituição.

Assim, a discricionariedade conferida pelo exercício da função política tem o objetivo certo de possibilitar à Administração, à vista das peculiaridades do contexto socioeconômico do momento, constatar qual será a decisão que, em cada caso concreto, permita que se alcance da melhor forma possível a finalidade almejada, a chamada "solução ótima".

Não se quer com isso asseverar que seja permitido sempre ao magistrado substituir-se ao agente político no ato de escolha sobre qual programa de ação é o mais adequado diante da situação

de fato posta. Em muitos casos, efetivamente, não se conseguirá, por meio de uma análise objetiva, apontar, independentemente de juízos de valor subjetivo, qual é a desejada "solução ótima". Nessas hipóteses, estar-se-á diante do mérito propriamente dito do ato político, considerado como o espaço de liberdade decisória do administrador imune à sindicabilidade judicial, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Contudo, em muitos outros casos, poder-se-á concluir, com significativo grau de segurança, que a decisão tomada evidentemente ofende este ou aquele preceito constitucional, ou revela-se desproporcional quando considerados os meios utilizados à vista do fim almejado, ou mesmo irrazoável diante do contexto fático que se descortina ao tomador da decisão, ou ainda se mostra antieconômica, porque eleitas medidas mais dispendiosas quando disponíveis outras menos custosas e igualmente aptas a produzirem o mesmo resultado, em desrespeito ao princípio da eficiência administrativa. Em todas essas hipóteses, a decisão política tomada encontra-se fora do intangível espaço de liberdade do mérito administrativo, sendo, portanto, plenamente possível seu controle judicial.

O exercício desse pelo magistrado, contudo, deve ser parcimonioso, prudente, evitando o juiz ser levado pelo impulso de simplesmente substituir a opinião do agente administrativo pela sua. Sua função não é essa. A possibilidade de controle de tais atos deve ser garantida enquanto forma de participação democrática do povo na gestão da coisa pública, como atividade de fiscalização do comportamento dos delegatários temporários do poder outorgado por aquele, seu verdadeiro titular. Todavia, para que essa sindicância seja legítima, precisa conter-se dentro de limites, que resultam dos próprios parâmetros antes mencionados.

Estabelecida a possibilidade do exercício do controle de juridicidade do ato de governo fixador das políticas públicas pelo Judiciário, importa, agora, saber sobre a natureza desse controle, indagando-se se este deve ser estritamente **negativo**, isto é, limitar-se a declarar a nulidade do ato que considerar transgressor da ordem jurídica, ou se pode também apresentar-se com feição **positiva**, possibilitando que o magistrado indique, determine que ato deve ser editado em substituição àquele declarado nulo.

Sobre o tema, primeiramente, deve-se consignar que a doutrina majoritária, fundada na chamada **"discricionariedade dos meios"**, tende a responder que a sindicabilidade judicial das políticas públicas, quando admitida, deve ficar restrita ao controle negativo. Exemplificando o pensamento acolhido por essa corrente, assevera Germana Moraes (2004, p. 161) que o magistrado, ao decidir que determinado ato administrativo é inválido, não poderá apontar como deverá ser editado novo ato. Segundo a autora, *emitida a decisão judicial invalidadora, cabe ao administrador expedir novo ato, com conteúdo diferente do primeiro, pois remanesce intocável certa área de liberdade de decisão administrativa não apreciada pelo juiz*²¹.

Segue explicando a autora que, nessa situação, caso seja mais uma vez provocado, cabe ao juiz examinar a juridicidade do novo ato, e assim sucessivamente. No mesmo sentido, leciona Jorge Neto (2009, p. 71) que, embora caiba ao Poder Judiciário decidir acerca do "grau ótimo de efetivação dos direitos fundamentais", não poderá o magistrado *determinar a melhor ou a mais adequada maneira de atingir o grau ótimo,*

pois isso é matéria reservada à discricionariedade de meios, afeta às funções legislativas e executivas. Acolhendo a mesma tese, assevera Emílio Viana (2010, p. 57) que *ao Judiciário é dado controlar as políticas públicas, mas não pode, em princípio, eleger a maneira de concretizar o direito fundamental*.

Com a devida vênia, discorda-se de tal posicionamento. Se é verdade, ao menos em princípio, que, quando do controle judicial do ato fixador do plano de ação de determinada política pública, há de prevalecer a opção técnica tomada pela Administração, vez dotada esta de corpo burocrático de assessoramento melhor aparelhado para a análise de questões dessa natureza²², haverá hipóteses em que, para além da evidente constatação do equívoco da decisão tomada – levando-se em consideração os parâmetros de controle a que já se fez referência acima –, será possível também identificar justamente qual(is) medida(s) é(são) a(s) mais indicada(s) para o atingimento da finalidade disposta na lei ou na Constituição.

Nesse caso, caberá ao magistrado determinar a prática dessa(s) medida(s), sob pena de se ingressar em um interminável e contraproducente ciclo de *anulação do ato administrativo pelo Judiciário → prática de novo ato violador dos interesses públicos pela Administração → nova anulação judicial do ato → [...]*, em uma flagrante desconsideração da meta de eficiência que deve guiar o comportamento de todos os agentes do Estado²³.

Nessa linha, crê-se que, em se tratando de políticas públicas tendentes à efetivação de direitos fundamentais, a exemplo do **direito à saúde**, em diversos casos somente a substituição do ato administrativo por outro, levada a efeito pelo juiz, será capaz de dar efetividade ao direito desatendido, como é o caso de demanda judicial em que se pede o fornecimento de determinado medicamento não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde. É que, nessa situação, apenas a específica determinação judicial para que o Estado forneça o pretendido fármaco tem o condão de satisfazer o direito violado, obviamente, no caso de ter sido este direito efetivamente comprovado na instrução processual, em um verdadeiro e legítimo **controle positivo**.

Feitas as considerações acima, prossiga-se na análise da sindicabilidade judicial das seguintes etapas do ciclo das políticas públicas.

No que se refere à sua **terceira fase**, consubstanciada na execução do programa de ação eleito na segunda etapa, tem-se que se cuida da simples prática de atos materiais concretizadores do ato administrativo propriamente dito, pelo que seu controle se dá apenas de forma reflexa, na medida em que aquele é fiscalizado. Em outras palavras, o que importa é a investigação sobre a possibilidade do controle judicial da decisão política acerca dos atos a serem posteriormente implementados, que podem consistir na construção de uma obra pública, na realização de uma licitação, na contratação de uma empresa particular para a prestação de serviços ao Estado, na compra de bens pela Administração, na abertura de um concurso e posterior nomeação dos servidores selecionados etc. Estes atos materiais, dentro do contexto mais amplo das políticas públicas, podem ser classificados, então, como meros “fatos administrativos”²⁴, vez que simples consequências diretas dos verdadeiros atos administrativos, consubstanciados na decisão de praticá-los.

Deste modo, discorda-se de Jorge Neto (2009, p. 56) quando este afirma que *nas políticas públicas, o controle ocorre sobre a atuação estatal em si, ou que o controle das políticas públicas centra-se na própria substância da atuação estatal, e não em seus instrumentos formais* (IDEM). É que, como exposto, partindo do **princípio da legalidade administrativa**, a “atuação estatal em si” nada mais é que o cumprimento material do determinado na lei instituidora da competência, de modo que a “substância da atuação estatal” não é o ato material praticado, mas sim a decisão que lhe motivou a prática.

Isso não significa que, sendo a decisão de escolha do programa de ação de determinada política pública formalizada em um instrumento qualquer, lei ou ato administrativo, esse não servirá igualmente como parâmetro de controle. Na verdade, poderá este instrumento figurar tanto como objeto de impugnação em si, como parâmetro de referência para o controle dos atos que lhe dão execução. Nas palavras de João Batista Gomes

Moreira (2005, p. 269), *uma vez postos formalmente, os programas criam obrigações de comportamento, traduzidos no dever de implementá-los, dentro do princípio da confiança nas promessas feitas pelo Estado*. Todavia, insiste-se, o relevante no controle judicial das políticas públicas é a fiscalização exercida sobre as decisões políticas que fixam os programas de ação, e não sobre os atos que apenas dão execução material àqueles programas.

Por fim, no que toca à **quarta etapa do policy cycle**, caracterizado pelo constante monitoramento quanto à implementação do plano de ação da política pública, sua revisão judicial poderá ter lugar sempre que, em razão desse acompanhamento, a Administração Pública, após a análise dos dados disponíveis, decida alterar o tal plano, mudando o rumo da atuação estatal na área de intervenção em tela. Ora, cuida-se de ato com as mesmas características daquele praticado na segunda etapa, pelo que, no que se refere aos limites de seu controle, pode-se valer das conclusões já expostas acima.

5 CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, há de se concluir que o controle jurisdicional das políticas públicas emerge, em um Estado democrático de Direito – no qual o exercício do poder estatal deve ser sempre encarado como o desempenho de uma função subordinada ao atendimento das finalidades públicas fixadas na lei ou deduzidas da Constituição –, como um importantíssimo instrumento de participação democrática dos cidadãos na gestão da coisa pública, mais especificamente na tarefa de sua fiscalização, aparecendo o Judiciário como um legítimo e apropriado canal de comunicação entre as esferas privada e pública da sociedade.

Conclui-se, igualmente, que, no exercício desse controle, cabe ao magistrado, respeitado o núcleo intangível do mérito administrativo do ato de governo instituidor das políticas públicas – o qual somente é aferível à vista das peculiaridades do contexto fático subjacente a cada decisão –, pautar-se pelos parâmetros de contraste admitidos pelo atual paradigma político-jurídico do Estado democrático de Direito, construído em cima dos cânones do pós-positivismo e

do neoconstitucionalismo, instauradores do chamado “controle de juridicidade dos atos administrativos”, pelo que sindicáveis tanto os aspectos vinculados do ato, quanto questões atinentes à proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e economicidade das medidas adotadas, levando-se sempre em conta o cenário socioeconômico existente.

Cumprir registrar, ainda, a título de conclusão, que a postura proposta é propiciadora da criação de um desejável **círculo virtuoso**, pois, na medida em que o povo, por meio do Judiciário, fiscaliza as políticas públicas adotadas pelos órgãos governamentais, apontando-lhes as omissões e deficiências e postulando a adoção de medidas necessárias à satisfação concreta dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, a própria Administração Pública, encurralada diante da pressão popular canalizada nos feitos judiciais, tende a mudar de postura, reanalisando sua forma de atuação e adaptando-se ao posicionamento jurisprudencial, de modo até a evitar a desnecessária oneração dos cofres públicos, à vista de eventuais multas por descumprimento, honorários sucumbenciais e outros custos atrelados aos litígios judiciais.

NOTAS

- 1 Acerca dos primeiros estudos científicos sobre políticas públicas, Celina Souza leciona que *a política pública enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição européia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado – o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Nos EUA, ao contrário, a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos.* (SOUZA, 2006, p. 22).
- 2 Tratando desse recente “culto pela eficiência” por parte da Administração Pública, Celina Souza explica que *a partir da influência do que se convencionou chamar de ‘novo gerencialismo público’ e da política fiscal restritiva de gasto, adotada por vários governos, novos formatos foram introduzidos nas políticas públicas, todos voltados para a busca de eficiência. Assim, a eficiência passou a ser vista como o principal objetivo de qualquer política pública, aliada à importância do fator credibilidade e de delegação das políticas públicas para instituições com ‘independência’ política. Estes novos formatos, que guiam hoje o desenho das políticas públicas mais recentes* (SOUZA, 2006, p. 34).
- 3 Ao abordar o tema dos serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que *certas atividades (consistente na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidades das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado ‘poder de polícia’).* (MELLO, 2004, p. 619).
- 4 Sobre o ponto, trago as seguintes observações de Claus Frey: *Mais um elemento importante da abordagem da ‘policy analysis’ é o chamado ‘policy cycle’. Devido ao fato de que as redes e as arenas das políticas setoriais podem sofrer modificações no decorrer dos processos de elaboração e implementação das políticas, é de fundamental importância ter-se em conta o caráter dinâmico ou a complexidade temporal [Couto, 1998, p. 54] dos processos político-administrativos. Ao subdividir o agir público em fases parciais do processo político-administrativo de resolução de problemas, o policy cycle acaba se revelando um modelo heurístico bastante interessante para a análise da vida de uma política pública. As várias fases correspondem a uma seqüência de elementos do processo político-administrativo e podem ser investigadas no que diz respeito às constelações de poder, às redes políticas e sociais e às práticas político-administrativas que se encontram tipicamente em cada fase.* (FREY,

2000, p. 226).

- 5 Conforme complementa a autora, *uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando – em maior ou menor grau – uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis.* (LUZ, 2006)
- 6 Sobre o tema, assevera João Batista Gomes Moreira (2005, p. 267) que, *no nível mais alto, as políticas públicas vêm estabelecidas pela Constituição e pelas leis, cabendo ao administrador (de forma interativa com a sociedade) desdobrá-las em instrumentos específicos de concretização. É quando são estabelecidos os programas de alocação e aplicação dos meios disponíveis e tomadas outras providências necessárias para atender à finalidade constitucional ou legal. Respeitados os mínimos constitucional ou legalmente estabelecidos e as restrições orçamentárias e com ou sem consulta à sociedade (dependendo do estilo mais ou menos democrático de administração), serão feitas escolhas, dentro do leque de alternativas.*
- 7 Ou “dimensão”, como prefere Paulo Bonavides (2007).
- 8 Aqui, tomadas as expressões “atos de governo” e “atos políticos” como sinônimas.
- 9 Ou Constituição Estadual se a autoridade compuser a estrutura administrativa de algumas das unidades federativas menores.
- 10 Nesse exato sentido é o teor do enunciado da Súmula n. 473 do STF: *A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*
- 11 O termo significa dizer que os atos podem ser executados diretamente pela Administração sem necessidade de esta obter antes um provimento jurisdicional que lhe ampare a atuação, o que pressupõe também a “exigibilidade” dos correspondentes atos administrativos, expressão que denota a possibilidade a Administração impor a particulares o cumprimento de determinadas ordens, desde que amparadas em lei, independentemente também de prévio pronunciamento jurisdicional.
- 12 “O rei não pode errar”.
- 13 Acerca dessa dicotomia entre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários, convém trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual a diferença nuclear entre ambos reside no fato de que, nos primeiros: *a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado*, ao passo que nos segundos a disciplina legal do ato *deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar.* (MELLO, 2004, p. 394).
- 14 Sobre o tema, aduz Nagibe de Melo Jorge Neto (2009, p. 27) que o pós-positivismo *aceitou a existência de uma categoria de direitos que substitui à suficiência, pelo menos por enquanto, e nos Estados onde vigora um mínimo de democracia, os direitos naturais. Isso foi possível graças a uma engenhosa construção jurídica que descobriu a força normativa de enunciados valorativos tão gerais e abstratos que aventar sua aplicação espantaria o mais progressista dos espíritos da razão iluminista. Trata-se dos princípios.*
- 15 Nas palavras do autor anteriormente citado, *discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discricionariedade em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.* (JORGE NETO, 2009, p. 401)
- 16 Pelo menos, assim deveria ser.
- 17 Sobre o ponto explica Jorge Neto que *a doutrina das questões políticas (political question doctrine), que pretendeu estabelecer limites à atuação jurisdicional, foi formulada inicialmente pela Suprema Corte norte-americana no mesmo Marbury v. Madison, de 1803, onde ficou estabelecido que o Poder Judiciário pode declarar a invalidez das leis editadas pelo Congresso, quando contrárias à Constituição. Segundo a doutrina das questões políticas, o Poder Judiciário não pode adentrar no espaço reservado à política ou, de outro modo, no espaço que a Constituição reserva à discricionariedade dos Poderes Executivo ou Legislativo.* (JORGE NETO, 2009, p. 89-90).
- 18 Parece concordar conosco Nagibe de Melo Jorge Neto: *De tudo isso podemos concluir que as questões meramente políticas seriam aquelas que não podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário e não podem sê-lo porque estão no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Neste ponto, é importante um parêntese. A discricionariedade é entendida pela moderna doutrina do direito administrativo não mais como um espaço imune à sindicabilidade judicial. Com o ad-*

- vento do pós-positivismo, caracterizado sobretudo pela positividade e pela força normativa dos princípios constitucionais, mesmo o âmbito da discricionariedade está submetido ao controle jurisdicional e deve conformar-se com os princípios ditados pela Constituição. Há, contudo, uma região da discricionariedade que está imune do controle jurisdicional: o mérito administrativo. (JORGE NETO, 2009, p. 95-96)
- 19 Lembremos aqui a legitimidade do Ministério Público, da Defensoria Pública, das pessoas jurídicas de direito público e de associações para postular judicialmente em defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/85).
 - 20 Sistema em que convivem simultaneamente o controle concentrado, veiculado em processo objetivo e decidido pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes*, e o controle difuso, realizado em processos subjetivos a cargo de todas as demais cortes, além dos magistrados de primeiro grau, gerando efeitos apenas *inter partes*.
 - 21 Em outra passagem, assim se manifesta autora: *Questiona-se, porém, se o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa será sempre negativo. Ou será que pode o juiz, além de declarar a nulidade do ato, indicar ao administrador qual o ato substitutivo a ser praticado ou ainda determinar a substituição do ato anulado por outro? [...] As consequências decorrentes do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose restringem-se, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. O Poder Judiciário, quando revê os atos administrativos não vinculados, poderá invalidá-los, mas não poderá, via de regra, determinar sua substituição por outro.* (MORAES, 2004, p. 162).
 - 22 Sobre o assunto, pondera percutientemente Emílio De Medeiros Viana (2010, p. 104-105) o seguinte: *A execução de políticas públicas demanda a realização de escolhas que, não raras vezes, demandam conhecimentos específicos que, por evidente, transcendem a capacidade técnica ordinária dos juízes. Assim, em princípio, o julgador não tem meios de estabelecer qual o medicamento ou qual o procedimento médico mais adequado para tratar determinado tipo de moléstia, qual a espécie de vacina mais adequada para prevenir epidemia, ou qual a estratégia de alfabetização que permitirá aceleração do processo de aprendizagem, ensejando que crianças e adolescentes fora da faixa etária aprendam mais rápido a ler e escrever, por exemplo. [...] Já a Administração Pública, ao menos como regra, dispõe de pessoal e instrumental necessário ao planejamento e execução de políticas públicas, podendo aferir possibilidades e riscos de cada estratégia e eleger aquela que mais se adequa às vontades constitucionais.* Daí que a prioridade deve ser para a preservação da opção técnica feita pela Administração, contudo, demonstrada a *imprestabilidade da política adotada*, nas palavras do autor, o controle judicial deve ser efetivado.
 - 23 Em outro trecho de sua festejada obra, Germana Moraes parece compartilhar dessa visão, ainda que ressaltando o caráter excepcional do controle positivo, com o que concordamos. A ver: *Entretanto, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto e do modo de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, é possível ao juiz inferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso.* (MORAES, 2004, p. 163)
 - 24 Sobre o tema, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que *atos administrativos são comumente conceituados como a materialização da função administrativa; consubstanciam o exercício material de uma atividade administrativa em si. Decorrem de um ato administrativo, de uma decisão ou determinação administrativa, mas com esta não se confundem. Os fatos administrativos não têm por fim a produção de efeitos jurídicos; eles consubstanciam, tão-somente, a implementação material de atos administrativos, decisões ou determinações administrativos (por isso os fatos administrativos são também chamados de atos materiais).* (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 303)
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FREY, Claus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://desafios2.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 3 jul. 2013.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 2. tir. Salvador: Podivm, 2009.
- LUZ, Patrícia. *Análise de políticas públicas: conceitos básicos*. 2006. Disponível em: <<http://pt.oboulo.com/analise-de-politicas-publicas-conceitos-basicos-20116.html>>. Acesso em: 28 jun. 2013.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2012. (Coleção "A Obra Prima de Cada Autor. Série Ouro")
- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- SÁ, Itanieli Rotondo. Controle judicial das políticas públicas como mecanismo de concretização do estado democrático de direito: uma reflexão sobre a ponderação econômica como elemento objetivo para uma decisão judicial responsável. In: *Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais*. Coord. João Luiz Nogueira Matias. Curitiba: CRV, 2013. p. 199-214.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2013.
- STRECK, Lênio. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VIANA, Emílio de Medeiros. *Políticas públicas e controle judicial: ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2010.
- TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.
- ZANOCCHI, José Maria. Posner tupiniquim. In: *Ordem Econômica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*, Coord. João Luiz Nogueira Matias. Curitiba: Crv, 2013. p. 137-149.

Artigo recebido em 30/3/2015.

Artigo aprovado em 20/4/2015.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2006.
- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Bernardo Lima Vasconcelos Carneiro é juiz federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará.