

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**DISCRICIONARIEDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLITICAS
PÚBLICAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E
ADMINISTRATIVA NA SUA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO.**

Joyce Cezar da Costa

Manhuaçu/MG
2020

**DISCRICIONARIEDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLITICAS
PÚBLICAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E
ADMINISTRATIVA NA SUA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO.**

Projeto de pesquisa apresentado à disciplina de Metodologia Científica, ministrada pela professora Andréia Almeida Mendes, do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial de aprovação.

Área de Concentração: Direito
Administrativo

Orientador(a): Ms. Milena Cirqueira Temer

JOYCE CEZAR DA COSTA

**DISCRICIONARIEDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLITICAS
PÚBLICAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E
ADMINISTRATIVA NA SUA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO.**

Projeto de pesquisa apresentado à disciplina de Metodologia Científica, ministrada pela professora Andréia Almeida Mendes, do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, com requisito parcial de aprovação.

Área de Concentração: Direito
Administrativo
Orientador(a): M.e Milena Cirqueira Temer

Aprovado em: 08 de dezembro de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Ms. Milena Cirqueira Temer.
Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu – Unifacig
Orientadora

Prof. Ms. Bárbara Amaranto de Souza Ribeiro
Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu – Unifacig

Prof. Ms. Thaysa Kassis de Faria Alvim
Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu – Unifacig

Manhuaçu – MG
2020

AGRADECIMENTOS

Meu Deus, meu Pai, as palavras não são suficientes para expressar a gratidão por tão bondosamente me teres concedido esta vitória. Sinto-me feliz por ter confiado este sonho em Tuas mãos, e Tu retribuístes enchendo meu coração da presença do Espírito Santo e de uma alegria incomensurável. Agradeço a Ti, Pai, pela sua presença e por cada anjo acampado ao meu redor, por cada pessoa que levantastes para caminhar comigo!

Neste sentido, dou graças ao Teu nome pela benção de ter uma mãe tão sábia e tão guerreira. Foram tantas noites em claro, tantos choros, apertos financeiros e tantas outras batalhas, mas a senhora, minha mãe, não me desamparou. Por muitas vezes a escutei chorar e pedir em oração a provisão do Senhor sobre os meus sonhos, sobre a minha vida. Agradeço-a não somente por esses cinco anos, mas por uma vida inteira ao meu lado, me dando força, me acalentando e sempre me abençoando com suas tão amorosas palavras e atitudes. Mãe, meu amor, admiração e respeito são eternamente seus, e minha dedicação a você jamais terá fim. Sei que nunca serei capaz de retribuir a altura tudo que tens feito, por tal razão, peço a Deus que continue abençoando os seus sonhos e alinhando a sua caminhada a caminhada dele. Agradeço ainda ao meu amado pai, por tanto carinho demonstrado durante esses cinco anos. Agradeço ainda, por tudo que me tens dado e saiba que os meus desejos ao senhor são os melhores possíveis. Que o Senhor, nosso Deus, possa conceder, em dobro, tudo o que tens feito por mim. Obrigada, meu preto! És uma benção, meu pai!

Grata sou pela vida de meus avós e pela oportunidade de, juntamente, podermos partilhar esse momento tão especial. Obrigada vovô João, por tantas vezes ter dobrados os joelhos em oração por minha vida, por todo amor, cuidado e por ter se feito um pai pra mim. Obrigada vovó Olenir por tanto amor, tanto cuidado, tanta alegria e por me mostrar o que é ser forte, o que é batalhar em amor. Obrigada vovó Marta por todo cuidado, carinho e cada palavra de benção sobre a minha vida. Vovô Nirzo (em memória), meu preto, nesse momento tão especial, o seu sorriso não pode ser visto e seu abraço não posso sentir. Mas saiba que sou grata pelos ensinamentos e as lembranças que, sem dúvidas, foram ferramentas essenciais nestes anos. Se sua presença em corpo não foi possível,

saiba que senhor sempre esteve e sempre estará presente em todos os momentos.

Agradeço aos meus tios e tias pelo carinho e esforço dedicados a mim. Eternas gratidões a minha querida tia Maraci, por todo carinho, companheirismo e por sempre se fazer presente. Meu agradecimento aos meus primos e minhas primas pelo amor e paciência, em especial, a minha amada prima Ivanilda (em memória), por ter me ensinado a essência da profissão, por todos os ensinamentos e por toda dedicação para que esse sonho se tornasse real e possível.

Considerando as batalhas vividas, sou gata aos pais espirituais que Deus colocou ao meu lado, Sophia e Willian, bem como Thamiyres e Pr. Adriano. Agradeço a vocês cada oração, cada conselho, cada palavra de benção e por nunca terem desistido. Agradeço as minhas queridas amigas que fizeram toda diferença e colaboraram para que a caminhada fosse mais leve, em especial, Bianca Campos, Deborah Heiderck, Marina Vilaça, Letícia Vilaça, Isabela Soares, e, claro, as minhas amadas “Excluídas”, Poliana Torres e Sabrina Alves. O meu percurso acadêmico não foi fácil, mas se foi possível, é porque pude contar com o apoio e carinho de vocês. Muito obrigada! Seja a benção de Deus sobre todos!

RESUMO

O presente trabalho analisou as delimitações da discricionariedade do ato administrativo, bem como os seus efeitos na criação e implementação das políticas públicas. Arquitetado de acordo com o método analítico, baseado em extração de referências doutrinárias, o trabalho desenvolve, preliminarmente, o conceito e as disposições sobre os direitos e garantias fundamentais, trazendo uma abordagem modernista dos Direitos Fundamentais. Em um segundo momento, trata do conceito do ato discricionário, a sua identificação e expressão. Ademais, em terceiro momento há uma abordagem sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários e suas implicações no âmbito das políticas públicas. Seguindo, o artigo traz as considerações acerca da discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas, bem como os seu conceito, usando de uma reflexão sobre o papel que a discricionariedade do administrador exerce na criação e efetividade de Políticas Públicas voltadas à população. Por fim, trata-se de uma construção de novo conceito de discricionariedade – baseado na teoria do Garantismo Jurídico, do ilustre Luigi Ferrajoli.

Palavras-Chave: Discricionariedade. Ato Administrativo. Políticas Públicas. Garantismo Jurídico.

ABSTRACT

This work is aimed to delimit the discretion of the administrative act and its effects on the creation and implementation of public policies. Architected according to the analytical method, based on extraction of doctrinal references, the work develops, first, the concept and the provisions on fundamental rights and guarantees, bringing a modernist approach to Fundamental Rights. Secondly, it deals with the concept of the discretionary act, its identification and expression. In addition, third, there is an approach on judicial control of discretionary administrative acts and their implications in public policy. Following, the article brings the considerations about discretion in the formulation and implementation of public policies, as well as its concept, using a reflection on the role that the discretion of the administrator exercises in the creation and effectiveness of Public Policies aimed at the population. Finally, it is a construction of a new concept of discretionary - based on the theory of Legal Assurance, of the illustrious Luigi Ferrajoli.

Keywords: Discretionary. Administrative Act. Public policy. Legal Guarantee.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2.	DAS DISPOSIÇÕES SOBRE OS CONCEITOS ACERCA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	11
1.1	UM CONCEITO MODERNISTA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.	O ATO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE	13
3.	CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	18
4.	DA DISCRICIONARIEDADE NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	22
4.1.	DO CONCEITO DE POLÍTICAS	22
5.	OS EFEITOS DA DISCRICIONARIEDADE NA INSERÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	26
6.	A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SOB UM CONCEITO GARANTISTA	32
7.	CONCLUSÃO.....	38
8.	REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

Concernente às diretrizes da Constituição Federal, são direitos sociais dos homens a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CONSTITUIÇÃO, 1988).

As políticas públicas são, por assim dizer, programas desenvolvidos pelo Estado, com a finalidade de garantir e colocar em prática direitos estes direitos previstos na Constituição Federal e em outras leis. Compreendem-se como medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir o bem estar da população.

Vale ressaltar que este conceito bifurca-se em significados diferentes. No sentido político, a política pública é vista como um processo de tomada de decisão, no qual os conflitos de interesse existem naturalmente. O governo decide o que fazer ou não fazer por meio de políticas públicas. O segundo significado é do ponto de vista administrativo: política pública é uma série de projetos, planos e atividades implementados pelo governo.

A responsabilidade dessas garantias cabe ao Poder Público, que munido da discricionariedade administrativa que representa um dos poderes da Administração Pública, ou seja, instrumento para o cumprimento de um dever, deve dispor de ferramentas para a implementação destas políticas públicas para concretizar tais direitos.

No entanto, a problemática ora em discurso, fundamenta-se na elaboração de políticas públicas, onde, em sua maioria de casos, passam longe das expectativas dos cidadãos, portanto, acabam se destoando das demandas pretendidas pela população. As devidas possibilidades de escolhas são amplas, e pequeno é o número de ocasiões em que os investimentos são voltados para sanar as demandas, como por exemplo, a educação e a saúde, preceitos estes fundamentais dos brasileiros.

Segundo Mello (2009), a lei é o limite da discricionariedade administrativa, pois estabelece os procedimentos e o administrador deve apenas escolher entre as suas possibilidades. Porém, é inverídico que tal escolha seja balizadora

benéfica das atitudes administrativas, no sentido de que esta venha a fazer, sempre, a escolha mais conveniente para as demandas sociais. De Faria (2003) faz uma análise pertinente sobre a evolução das Políticas Públicas que evidencia a complexificação de seu processo devido a participação de novos atores frente ao mesmo. Segundo ela, os processos cada vez mais complexos, bem como a participação de novos atores nesses processos teriam deixado os modelos tradicionais de análise incapazes de interpretar essa nova realidade.

Valendo-se do método analítico, o trabalho tratará, em primeiro momento, uma abordagem conceitual acerca dos direitos e garantias fundamentais, com a intenção de, assim, colaborar para melhor domínio dos institutos, tendo em vista a sua complexidade.

Em um segundo momento, abordar-se-á a o ato administrativo e seus reflexos, partindo do entendimento de Maria Sylvia Z. Di Pietro, que salienta que o ato administrativo “é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público”. (2016, p. 206)

Em terceiro lugar, abordar-se-á, a possibilidade do controle Jurisdicional dos atos administrativos que venham a ser negligentes, ou seja, quando não atendem as demandas esperadas pelos governados, onde, segundo o pensamento de Silva (1.999), não deve se fazer confusão quanto ao aprofundamento do controle em face do com um excesso paralisante, por não se tratar de uma escolha uníssona, adotando-se a premissa do “tudo-ou-nada”. A finalidade do controle é a busca da legitimidade e validade da escolha do agente estatal no exercício de sua competência. O controle deve ser proporcional e balanceado, acobertando com o máximo de cuidado a íntegra motivação dos atos administrativos.

Adiante o trabalho busca a conceituação das políticas públicas com um trajeto histórico e populista da criação e inserção destas nos meios sociais, discutidas a partir Easton (1.965) como um sistema que recebe inputs dos partidos, dos de interesse, das mídias, e que, por sua vez, sugestionam seus efeitos, bem como seus resultados. São analisadas como um campo dentro da própria política, que visa ponderar problemas de ordem pública (MEAD, 1995); como uma soma de ações governamentais realizadas por agentes políticos que

atuam de forma direta, influenciando a vida dos cidadãos (PETERS, 1986); ou, até mesmo como uma conjuntura de ações governamentais que poderão produzir efeitos peculiares (LYNN, 1980).

Por fim, delimita traçar um novo conceito de discricionariedade em que é vedada ao administrador a escolha de alternativas quando estiverem presentes as necessidades fundamentais impostergáveis dos cidadãos, baseando-se no entendimento de Ferrajoli.

Pelo exposto, objetiva-se analisar quais são os limites da discricionariedade administrativa no que diz respeito à formação e efetividade das políticas públicas, pautados nos princípios constitucionais. Além disto, também foram analisados os limites da discricionariedade administrativa, bem como, a possibilidade de sua contenção pelo próprio Poder judiciário, sob a ótica da independência e separação constitucional dos Poderes.

2. DAS DISPOSIÇÕES SOBRE OS CONCEITOS ACERCA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A priori é necessária a diferenciação entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Enquanto os direitos fundamentais são prerrogativas reconhecidas pelo Estado como válidas, ou seja, uma norma, com vantagens previstas no texto constitucional, as garantias fundamentais, no dizer do professor Paulo Bonavides (2005), são: “Um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir”, ou seja, são instrumentos que existem com o objetivo de assegurar que o texto constitucional (suas normas e direitos previstos) seja universalmente aplicado dentro do território do Estado.

Dessa forma, são conhecidos como ferramentas de proteção aos indivíduos frente à atuação do Estado, ou ainda, das reações sociais entre os próprios cidadãos. Esses instrumentos asseguram o mínimo necessário para existência da vida humana, conforme preconiza o princípio da dignidade da pessoa humana, como bem afirma Paulo Bonavides (2005), citando a caracterização intentada por Carl Schmitt, os direitos fundamentais, sob o ponto de vista formal, são aqueles que o próprio ordenamento constitucional explicita e que recebem da Carga Magna tratamento diferenciado, seja porque imutáveis, seja porque dependem de processo dificultoso para mudança (por meio de emenda à Constituição), visando sempre a proteção e estabilidade do indivíduo.

Segundo preconiza Habermas (2003), os direitos fundamentais, também conhecidos como direitos fundamentais, são realizados com base em que todas as pessoas têm direito à liberdade subjetiva de ação, e são ameaçadas e sancionadas na forma de direitos positivos. Portanto, podem ser usados diante de qualquer interesse de entrar em conflito com eles ou com aqueles. As normas estão em conflito. Portanto, eles podem ser interpretados como obstáculos ao poder do Estado ou projetos objetivos de ordem de valor, e sua influência pode ser estendida a todas as áreas do sistema jurídico.

Segundo o entendimento de Ferrajoli (2001), a conhecida constitucionalização dos direitos fundamentais, realizada pelas constituições rígidas, podem ser

considerados como todos os direitos subjetivos que correspondam universalmente a todos os seres humanos indistintivamente enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de realizar atos.

Partindo desse entendimento, Ferrajoli (2002), faz a formação de quatro teses sobre os direitos fundamentais:

- a primeira: conhecida como a diferença estrutural entre direitos fundamentais e direitos de herança, em que o primeiro pertence ao proprietário e o segundo pertence ao seu proprietário, mas não inclui o proprietário;
- a segunda: versa sobre defender os direitos básicos atendendo às expectativas e demandas de todos os cidadãos, constituem a base e os parâmetros da igualdade jurídica básica e fazem parte de um aspecto vital da democracia;
- a terceira: menciona a natureza supranacional da maioria dos direitos fundamentais;
- a quarta: envolve a relação entre direitos e garantias. Classifica obrigações e proibições como garantias primárias equivalentes às expectativas negativas ou positivas dos direitos fundamentais, bem como garantias secundárias que são implicitamente reparadas ou legalmente punidas por obrigações de danos a direitos ou violam as obrigações primárias garantia.

As vantagens da adoção do conceito teórico dos direitos fundamentais de Ferrajoli são precisamente suas características formais, que podem, teoricamente, reconhecer os direitos fundamentais na diversidade ideológica, social ou liberal, democrática e até autocrática.

1.1 UM CONCEITO MODERNISTA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a concepção de Alexy (2008), a expressão “direitos do homem” é compreendida atualmente como direitos que se distinguem de outros, uma vez que resultam de uma combinação moderna de cinco qualidades. São direitos universais, morais, fundamentais, prioritários e abstratos.

O autor explica que a universalidade corresponde aos direitos que se encaixam a todos os cidadãos, tanto individualmente quanto aqueles inseridos em diferentes grupos sociais. No que tange aos direitos morais, segue o entendimento de que a “norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada” (ALEXY, 1.999, p. 60). A prioridade terminológica mostra que os direitos morais estão abertos aos titulares de direitos, o “[...] direito moral à proteção por direito positivo estatal” (ALEXY, 1.999, p. 60).

Ademais, esses direitos são definidos como prioridade quando comparado aos demais. Por esta razão, a qualidade de direitos fundamentais, diz Alexy (1.999), é compreendida sob o entendimento da presença de duas premissas, quais sejam: deve tratar-se de direitos e carências que podem e devem ser protegidos; e que essas carências e interesses sejam em tal intensidade que “[...] a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito” (ALEXY, 1.999, p. 61). No que diz respeito a qualidade de abstração dos direitos do homem, compreende-se como a exigência de restrição ou limitação para se sobressair em face dos direitos de natureza coletiva, a propensão ou preferência destas restrições determinada, somente, por instâncias “[...] autorizadas a decisões de ponderação juridicamente obrigatórias” (ALEXY, 1.999, p. 62).

Consequentemente, na modernidade jurídica dos direitos garantias fundamentais, fica evidente que o Estado, assim, se faz necessário não somente como instância de concretização, mas também de cunho decisivo, para realização de fato dos direitos do homem.

2. O ATO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE

A conceituação doutrinária atual do ato administrativo é brilhantemente apresentada pela lição de Maria Sylvia Z. Di Pietro, que salienta que o ato administrativo “é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público” (2016, p. 206).

Estes atos são acompanhados de requisitos que são pressupostos de sua validade, sendo estes, a competência, finalidade, forma, motivo e objeto. sendo que o ato administrativo só será válido se preenchido todos estes requisitos.

No que tange á competência, Di Pietro (2016, p. 205) aponta que “é definida como um conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”. Significa dizer que trata-se do complexo de responsabilidades que o ordenamento jurídico confere à Administração Pública.

Quanto a finalidade, compreende-se como o objetivo do ato administrativo, que decorre da própria lei, sendo este de forma explícita ou mesmo implícita, não havendo autonomia do administrador público no poder de decisão.

Consoante as palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 106), “a forma, é o meio pelo qual se exterioriza a vontade”. Ademais, aduz o autor que a forma do ato administrativo “reside na mente como caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma” (2011, p. 106), ou seja, significa dizer que todo ato está afeito à norma, uma vez que, para que se torne válido, o ato observará os parâmetros legais..

Ao tratar do requisito motivo, deve ser feita, primeiramente, uma análise para se distingui-lo do princípio da motivação previsto na Lei nº 9.784/99. Porém, a motivação compreende-se como a exposição dos motivos que determinam a prática do ato, ou seja, a manifestação do que leva a Administração a praticar o ato, enquanto o motivo compreende-se como a razão que enseja e resulta no ato administrativo.

Cumpra salientar que a motivação está intimamente com o ato administrativo vinculado, o que será analisado em tópico seguinte. Por sua vez, no que tange ao objetivo, Di Pietro (2005), exerga como um conjunto dos direitos e das obrigações criados, extintos ou até mesmo modificados pelo ato administrativo, e que por isso, deverá ser lícito, possível, certo e moral. Não existe motivação sem motivo, mas o motivo antecede a própria motivação.

No que tange à classificação, devem ser divididos em atos administrativos em vinculados e discricionários. Vale ressaltar que ambos são de mesma natureza, sendo distintos apenas quantitativamente, de acordo com a possibilidade de escolha dada pelo legislador ao administrador público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello os atos vinculados “são aqueles praticados pela Administração sob a determinação de uma disposição legal que predetermina objetiva e completamente o comportamento a ser adotado em situação descrita” (2007, p. 358), em outras palavras, os atos orientam-se através de um procedimento

vinculado à letra da lei, não dando margem para qualquer variação do que está disposto em lei. Portanto, o ato administrativo vinculado conecta o sujeito executivo ao método instituído pela lei, e reproduz fielmente sua decisão. Por outro lado, as ações administrativas discricionárias têm relevância ímpar, portanto, suas particularidades precisam ser abordadas.

Para a conceituação de Meirelles os atos discricionários:

“De outro giro, consideram-se atos discricionários aqueles que a Administração pode praticar, autorizada pela lei, com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.” (MEIRELLES, 2014, p. 164).

A discricionariedade, segundo o entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, sintetiza de forma magistral o seu conceito:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (MELLO, 1998, p. 48) .

Marçal Justen Filho conceitua a discricionariedade como um “dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”. (2006, p. 161), ao passo que para Weida Zancaner, o desempenho do poder discricionário “é uma forma de atribuição concedida ao administrador pela legalidade, não podendo, portanto, ser entendida como uma faculdade extralegal, marginal ou anterior ao direito” (2001, p.48).

A discricionariedade passou a se expandir a ganhar força a partir do advento da Revolução Industrial Francesa, na Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu (1869), e também do advento do Estado Liberal, quando surgiram as primeiras imposições dos limites em face as atividades dos órgãos estatais, como forma de defesa do direito da primeira geração, por assim dizer, principalmente, da Declaração Francesa dos direitos do Homem, oriundos do confronto entre governados e governantes, mais precisamente, da insatisfação daqueles cidadãos que dispunham de realidade política, econômica e social de sua época, resultando

e que resultou nessas afirmações dos direitos de indivíduos em face da soberania decisória do monarca absoluto (LAFER, 1988, p.126).

Com a passagem do Estado liberal para o sistema do Estado Social, trouxe não somente as liberdades e garantias fundamentais ao conhecimento, como também, os direitos sociais, dessa forma, o poder discricionário do administrador público passou a dominar novo conceito, uma vez que mesmo que este dispusesse de margem de liberdade, o capricho estatal passou a ser reprimido através da reserva legal e do princípio democrático, manejando - se a transferência da associação negativa para a associação positiva do administrador público à lei e, assim, apresentando o campo da atuação discricionária. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que no Estado Social de Direito:

“A própria discricionariedade tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei; deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico [e não mais político]. O anterior princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido foi substituído por aquele segundo o qual ela só poder fazer o que a lei permite”. (Di Pietro, 2007, p. 38)

Com o advento da democracia e do Estado de direito, a Revolução Francesa causou a fusão de dois conceitos políticos. O primeiro conceito político originou-se do lema de Rousseau de que "todo o poder vem do povo". O segundo conceito, por sua vez, é composto de um poder tripartido, oriundo de Montesquieu.

Em função desses conceitos, o poder discricionário da conduta administrativa não pode ignorar a finalidade da conduta, ou seja, a finalidade é obter os benefícios buscados pela sociedade. Essa finalidade pode ser remontada à noção de que antes mesmo de falar de poder discricionário da Administração, existe um “dever discricionário” do agente público a ser seguido.

Por tal razão, é inverídico dizer que a Administração Pública exerce ou não um poder como bem lhe aprouver, uma vez que o regramento jurídico lhe atribui o dever de fazê-lo, levando em consideração que a atuação da Administração encontra limites não somente na finalidade legal, mas, também, na Constituição, bem como na soberania dos direitos fundamentais, sempre visando a efetividade da boa administração, como aponta Celso Antônio Bandeira Mello:

“A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de dever (antes do que “poder”), caracterizando uma função, em sentido jurídico. (...) Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever.” (Celso Antonio Bandeira de Mello, 2007, p. 13-14, grifos do autor).

Neste sentido, entende-se que a administração pública, via de regra, deve executar suas funções de acordo com os parâmetros que a legislação estabelece, que para Celso Antonio Bandeira de Mello (2007) o uso da expressão “função” tem para o Direito a significância de uma finalidade a ser atendida mediante o exercício de poderes instrumentais que são confiados a alguém para atendimento dos interesses de outrem e essa função sinonimiza muito mais com dever do que com poder. Assim, afirma que o direito público se orienta pela noção jurídica de inafastável dever e não pela existência de poder, ou seja, ao contrário do campo privado, onde são praticados todos os atos que a lei permite, o que ela não proíbe, no âmbito do direito público, a Administração fará somente o que a lei determinar, sob pena de nulidade dos atos por ela praticados.

No entanto, a regulamentação legal mantém certas circunstâncias, neste caso, embora o gestor siga a decisão legal, ainda tem um certo grau de liberdade em certas decisões, normalmente entendido como o agente público é o mais Essas decisões dos melhores especialistas. Se houver discricção, a decisão é mais adequada para o administrador. Na teoria jurídica, o conceito de discricção é considerado um dos conceitos mais difíceis e significativos. Segundo Mello, a definição do mérito administrativo é como:

“O campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que a o administrador, seguindo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.” (MELLO, 2007, p. 38).

Para Engisch (2001), diante da lei, existem duas possibilidades, opostas entre si e, igualmente, em comum acordo com o Direito e, dentre eles, o agente público pode escolher um ou outro sem violar as normas legais.

Assim, fica evidente que neste diapasão não seria possível fugir da opção mais adequada para a situação específica a ser determinada entre as diferentes opções. Logo, o sinal da existência de discricionariedade é a presença da possibilidade de escolha prevista em lei, não apenas factual, mas também jurídica.

Em se tratando da forma mais correta, no caso, esta não será, certamente, a que deixar crianças sem serviços de saúde ou acesso à educação, enquanto destina os recursos à construções de prédios requintados para o trabalho de sofisticados prédios para o funcionamento da máquina pública. Pode-se citar aqui, o recente caso do governo brasileiro, onde, em 2001, utilizou-se de uma grande quantidade de recursos para salvar bancos e outras empresas privadas, veja-se algumas inversões, em detrimento da estruturação do setor energético, sobre o qual havia prévio conhecimento, por parte das autoridades do governo, de que estava à beira de um colapso, o mesmo que foi capaz de causar prejuízos incalculáveis à economia do País e à população, na crise que ficou conhecida como “apagão”. Essa falha, obrigou o governo a promover um racionamento sem precedentes, o que ocasionou um grande rombo ao setor econômico brasileiro, fazendo com o que o Brasil deixasse de investir em inúmeros empreendimentos (WEATLE, 2004).

Por todo exposto, baseado-se nas reflexões de Moreira Neto (2001), é proibido usar da discricionariedade administrativa como um pretexto para decisões ineficientes. Sejam estas as que não atendam, ou que atendam de forma precária ao interesse público implícito na finalidade legal. Aliás, de acordo com Moraes (1.999), se a análise do ato administrativo passar pela ponderação do princípio da moralidade e da razoabilidade, será enxergado sobre um parâmetro maior, com capacidade de tornar evidente a interligação entre esses princípios, uma vez que o administrador deve se valer destes princípios quando executa tais atos administrativos.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Entendida como uma faculdade outorgada aos agentes que fazem parte do poderio organizacional da Administração Pública, o poder discricionário é

entendido como uma das prerrogativas que dispõe o ordenamento jurídico para a realização das ações do Estado, que venham a satisfazer os interesses consagrados relevantes e indispensáveis no sistema legal, permitindo ao agente a escolha da mais benéfica dentro das possibilidades da lei para atingir o interesse coletivo, segundo critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, doutrinariamente chamado de mérito administrativo, cujos elementos embaraçam, em princípio, o controle judicial.

Ocorre que, nos Estados de Direito, onde existe a preponderância do princípio da legalidade, o Poder Público não poderá ser arbitrário, mas condicionado por normas que irão reger os meios de agir. Por tal razão, se um administrador seguir por caminho divergente daquele que a lei propuser, sua conduta tornar-se-á ilegítima, proporcionando assim um contingenciamento pelo poder judiciário.

Atualmente, os cidadãos estão cada vez mais informados de seus direitos, confiantes e participantes do processo democrático, o que leva a discricionariedade administrativa ser bastante discutida pela sociedade mais politizada, acarretando também um avanço da justiça constitucional sobre a política majoritária, e o destaque que vem sendo dado ao Poder Judiciário:

“A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais – inclusive seus princípios mais vagos – gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico, bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias”. (NETO; SARMENTO, p. 76).

A critério de exemplificação foi proposta ação contra a prefeitura do Município do Rio de Janeiro, pois o administrador teria alterado paradas e itinerários de certas linhas de ônibus oriundos da Baixada Fluminense, o STJ decidiu, ao apreciar o mérito, que muito embora o usuário tenha legitimidade para contrapor em juízo o ato, por ser o destinatário do serviço público, “trata-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência”, assim sendo a Egrégia Corte entendeu que os tais motivos alegados foram meramente

administrativos e, portanto, inviáveis à apreciação pelo Judiciário (RMS nº 11.050-RJ, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 22.02.2000. *Informativo de Jurisprudência do STJ*, nº 48, fev./2000).

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no que tange a discricionariedade no âmbito da legislação, destaca-se, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Veja-se:

“Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas [...]. Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa [...] parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo”. (MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. 1, nº 5, ago. 2001, p. 2).

Ademais, é importante dizer que os direitos sociais e econômicos têm parâmetros legais de aplicação imediata, ocupando lugar de proeminência na Carta Magna de 1988 (§ 1º do art. 5º), sendo razão suficiente pela qual a efetividade destes direitos não dependeria exclusivamente de decisões políticas dos representantes do Legislativo ou do Executivo, o que seria justificativa viável para a interferência do Poder. Destaca-se que esta legitimidade conferida ao Poder Judiciário, é oriunda do próprio sistema constitucional, a saber o common law. Ademais, com efeito, o próprio art. 5º, XXXV da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, dá ao juiz, a legitimidade de intervenção, quando provocado for.

Vale ressaltar que a legitimidade do Judiciário para intervenção em litígios do Executivo e decidir na área de políticas públicas, dependerá tão somente de como a separação de poderes é concebida em determinada constituição. Além disto, tal legitimidade de controle também é decorrente das prerrogativas de imparcialidade e motivação a que é imposto ao juiz:

“deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma ideia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de uma forma

extremamente maniqueísta, a qual pretendo aqui evitar. Por isso, e por outras razões argumentativas, pretendo aqui presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais” (SILVA, 2008, pp. 591-592)

Uma vez que pelo próprio texto constitucional o Judiciário encontra-se legitimado, não há óbice no que diz respeito da possibilidade de intervir na hipótese de discricionariedade excessiva por parte da administração pública. Por tal razão, caso o agente estatal atue de forma contrária à finalidade legal prevista na Carta Magna, a doutrina e os Tribunais não terão grandes dificuldades no reconhecimento da possibilidade de sua intervenção.

A problemática se perfaz, contudo, nas hipóteses de omissão arbitrária da parte da Administração Pública, ou seja, em situações em que o agente público deixa de cumprir o dever que a ele foi imposto na norma, geralmente no que diz respeito ao carácter programático. Não sendo difícil observar a maior ocorrência dessas omissões arbitrárias no campo das políticas públicas, cuja a sua implementação exige um dever prestacional a população por parte da Administração Pública, em quaisquer esferas e, para isso, são munidos os cofres públicos de recursos para suas implementações.

A verdade segundo o entendimento de Dal Boso e Valle (1999) a realidade é que, na maioria dos casos, o próprio governo e as maiorias parlamentares são o governo e as maiorias parlamentares são a representação de um mesmo partido político ou uma coligação de partidos. Logo, destaca-se o verdadeiro autogoverno do Legislativo diante do Poder Executivo, uma vez que a grande maioria das leis aprovadas são de iniciativa do próprio governo, e esse, por sua vez, dispõe de um grande poderio regimentar e de planejamento, autorizado pela Constituição e atribuído pela legislação ordinária.

Diante dessa realidade, faz-se indispensável atuação presente do Poder Judiciário no contingenciamento de políticas públicas que visam realizar direitos fundamentais sociais, distanciando as atuações da Administração Pública que venham a desviar das prioridades dos cidadãos, vindo a deixar de assegurar tais direitos. À vista disso é que o Poder Judiciário, no controle de políticas públicas, deve ser visto como uma das funcionalidades da ação de soberania do Estado, desempenhando o suprimento da ausência da Administração ou do Legislador.

Por todo exposto, vale ressaltar que, como bem salientou de Enterría (1.977), o dever do juiz é controlar a aplicação do conceito pela Administração sem que isso venha a se tornar um controle absolutista da discricionariedade por parte do administrador, muito menos em substituição geral da decisão do administrador pela decisão do juiz. Significa dizer, segundo o pensamento de Silva (1.999) que, não deve se fazer confusão quanto ao aprofundamento do controle em face do com um excesso paralisante, por não se tratar de uma escolha uníssona, adotando-se a premissa do “tudo-ou-nada”. A finalidade do controle é a busca da legitimidade e validade da escolha do agente estatal no exercício de sua competência. O controle deve ser proporcional e balanceado, acobertando com o máximo de cuidado a íntegra motivação dos atos administrativos.

4. DA DISCRICIONARIEDADE NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. DO CONCEITO DE POLÍTICAS

O entendimento sobre a política pública é algo tanto quanto complexo, haja vista que não existe uma teoria definida e completa sobre a temática. Há, porém, vários conceitos que formam o que se pode traduzir como política pública. Pode-se dizer que estas são diretamente ligadas ao cunho estatal, contudo, existem outros colaboradores que agem para a construção delas, tanto no âmbito privado, quanto no âmbito público.

As políticas públicas são estudadas e discutidas, de acordo com Easton (1.965) como um sistema que recebe inputs dos partidos, dos de interesse, das mídias, e que, por sua vez, sugestionam seus efeitos, bem como seus resultados. São analisadas como um campo dentro da própria política, que visa ponderar problemas de ordem pública (MEAD, 1995); como uma soma de ações governamentais realizadas por agentes políticos que atuam de forma direta, influenciando a vida dos cidadãos (PETERS, 1986); ou, até mesmo como uma conjuntura de ações governamentais que poderão produzir efeitos peculiares (LYNN, 1980).

Ademais, Theodor Lowi (1964; 1972) nos permite entender as tipologias no

que diz respeito as políticas públicas sobre a seguinte máxima: a política pública faz a política. De acordo com essa máxima Lowi ressalta que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas.

Para Lowi, a política pública pode apresentar-se de quatro formatos. O primeiro formato é o das políticas distributivas, entendem-se como decisões tomadas pelo governo que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos com incidências mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões em detrimento do todo. Como exemplo, as políticas públicas que favorecem o clientelismo e o patrimonialismo. Complementa Frey:

“As políticas distributivas são caracterizadas por um baixo grau de conflito dos processos políticos, visto que políticas de caráter distributivo só parecem distribuir vantagens e não acarretam custos – pelo menos diretamente percebíveis – para outros grupos. Essas “*policy arenas*” são caracterizadas por “consenso e indiferença amigável” [Windhoff-Heritier, 1987, p. 48]. Em geral, políticas distributivas beneficiam um grande número de destinatários, todavia em escala relativamente pequena; potenciais opositores costumam ser incluídos na distribuição de serviços e benefícios.” (FREY, 2000, p. 223)

O segundo formato apresentado por Lowi é o das políticas regulatórias, que são mais perceptíveis ao público, envolvendo a burocracia, políticos e grupos de interesse. Frey (2000), ressalta:

“As políticas regulatórias trabalham com ordens e proibições, decretos e portarias. Os efeitos referentes aos custos e benefícios não são determináveis de antemão; dependem da configuração concreta das políticas. Custos e benefícios podem ser distribuídos de forma igual e equilibrada entre os grupos e setores da sociedade, do mesmo modo como as políticas também podem atender a interesses particulares e restritos. Os processos de conflito, de consenso e de coalizão podem se modificar conforme a configuração específica das políticas”. (FREY, 2000, p. 224)

O terceiro formato apresentado por Lowi (1972) é o das políticas redistributivas, que conseguem atingir um número maior de pessoas e impõem perdas concretas e no curto prazo para determinados grupos sociais e ganhos incertos e futuro para outros. Estas são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário e o sistema previdenciário e são as de mais difícil

encaminhamento. Em outras palavras, diferente das políticas distributivas, as políticas redistributivas tem por intenção atingir grandes grupos sociais, no entanto, conseqüentemente, acarretam por causar equitativamente perdas e ganhos que muitas vezes representam um jogo que resulta em soma zero, tornando assim as políticas adotadas ineficazes, como bem apresenta Frey:

“As políticas redistributivas, ao contrario [das políticas distributivas], são orientadas para o conflito. O objetivo é “o desvio e o deslocamento consciente de recursos financeiros, direitos ou outros valores entre camadas sociais e grupos da sociedade” [Windhof f-Heritier, 1987, p. 49]. O processo político que visa a uma redistribuição costuma ser polarizado e repleto de conflitos.” (FREY, 2000, p. 224)

O quarto formato que compoe a máxima de Lowi é o das políticas constitutivas, que em suma, lidam com procedimentos. Frey (2000) complementa que esta comportaria em si os outros três tipos de políticas e seriam responsáveis pelos procedimentos necessários para que as outras políticas entrem em vigor.

“As políticas constitutivas (“constituent policy”) [Lowi, 1972] ou políticas estruturadoras – Beck fala de “políticas modificadoras de regras” [Beck, 1993, p. 17] – determinam as regras do jogo e com isso a estrutura dos processos e conflitos políticos, isto é, as condições gerais sob as quais vem sendo negociadas as políticas distributivas, redistributivas e regulatórias.” (FREY, 2000, p. 224)

Pode-se afirmar então que cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente. Segundo o entendimento clássico de Teixeira, no que tange as Políticas Públicas:

[...] são diretrizes, princípios norteadores de ação do Poder Público; regras e procedimentos para as relações entre Poder Público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as “não ações”, as omissões, como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos. (TEIXEIRA, 2002, p. 3)

Destarte, como bem apontado por Souza (2006), as políticas públicas são,

dessa forma, campos que apreciam os conhecimentos teóricos – da parte da academia – e empíricos – provenientes de discursos de pessoas que pretendem promover ações governamentais ou indicar alterações nessas ações. Assim, podem ser verdadeiramente entendidas como pretenções governamentais que pretendem surtir efeito no mundo real com intenção de promover o bem social.

Muito embora se faça notória o impasse no que diz respeito à adoção de um conceito e entendimento uníssono sobre a temática, é clara a intenção para a qual esta é criada. Neste sentido, para Esping-Andersen (1991), "a introdução dos direitos sociais modernos, por sua vez, implica um afrouxamento do status de pura mercadoria dos indivíduos", onde, complementa Marshal (1967), que os direitos sociais, portanto, corresponderiam ao direito a um mínimo de bem-estar econômico, ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que se estabelecem na sociedade.

Dessa forma, entende-se aqui a política pública como um conjunto de programas do Estado que asseguram a garantia da proteção social e da promoção social para dar respostas aos direitos sociais, além de outras situações não contempladas nos direitos, essas situações envolvem uma série de emergências, necessidades e riscos que afetam as condições de vida da população, incluindo situações relacionadas à pobreza e à desigualdade.

Segundo Teixeira (1992), a proteção social dos cidadãos é manifesta na seguridade social, que tem como ideia força a solidariedade aos indivíduos, famílias e grupos em determinadas situações de dependência ou vulnerabilidade, entre as quais se podem citar:

- “(a) incapacidade de ganhar a vida por conta própria em decorrência de fatores externos, que independem da vontade individual;
- (b) vulnerabilidade devido ao ciclo vital do ser humano - crianças e idosos, por exemplo;
- (c) situações de risco, como em caso de acidentes - invalidez por acidente etc.”

Ademais, Rawls (1992) fala que, no que tange a promoção social, pode ser entendida como a resultante da geração de igualdades, oportunidades e resultados para indivíduos e/ou grupos sociais. A ideia força é que a geração de igualdades está relacionada à expansão da oferta de bens e serviços sociais,

enquanto bens equalizadores providos pelo poder público, principalmente a escolarização e o acesso à saúde como elementos centrais na geração de habilidades e capacidades em indivíduos e/ou grupo social.

Como forma de ilustração, pode-se usar como exemplo o Programa de Cisternas do Governo Federal. Devido a região árida e semiárida do nordeste brasileiro que sempre sofre com a escassez de água nos longos períodos sem chuva, diante de todos os estudos e da forte demanda social para que esse problema seja acolhido, em 2003, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome em parceria com a ASA (Articulação no Semiárido Brasileiro) apurou os aspectos deste grave problema e desenvolveu uma política pública que pudesse suprir às necessidades dos residentes locais.



Fonte: CLP Liderança Pública

Tais programas e ações concretizam-se na garantia da oferta de bens e serviços, transferências de renda e regulação de elementos do mercado.

5. OS EFEITOS DA DISCRICIONARIEDADE NA INSERÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Concernente ao que já fora exposto, é evidente que no campo da discricionariedade administrativa são claramente manifestas as políticas, uma vez que o procedimento de formulação e de implantação destas, demandam inúmeros atos discricionários. De acordo com o entendimento de Juliana Maia Daniel, pelas seguintes razões:

“(...) a primeira, porque esse caráter provedor do Estado se mostra mais intenso na efetivação das políticas sociais; a segunda, porque as normas fundamentadoras dessas políticas encontram abrigo na Constituição Federal, e são marcadas pelo caráter programático da efetivação dos direitos fundamentais. O caráter programático dessas normas, cujas finalidades vêm estatuídas na forma de conceitos de valor, são irredutíveis a uma objetividade completa. Nessas situações, além de toda a interpretação possível, remanescerá sempre ao administrador alguma discricionariedade em sua escolha diante da situação concreta. Se por um lado a carga semântica aberta dos princípios e direitos fundamentais é indispensável para atingir o comportamento ótimo exigido do administrador na aplicação da norma, por outro, a margem de liberdade acaba propiciando arbitrariedades pelo agente Estatal”. (DANIEL, Juliana Maia Daniel, 2011, p. 18)

E complementa:

“De se considerar, ainda, que as políticas públicas visam à consecução dos direitos sociais que, por exigirem uma atuação direta do Estado, indubitavelmente possuem um custo mais alto que os direitos civis e políticos. É certo que esses últimos possuem um custo que não pode ser ignorado, pois exigem a manutenção de um aparato estatal; todavia, a realização de direitos sociais como a saúde e a educação têm interferência muito maior no orçamento público. De mais a mais, esses “gastos institucionais” incorridos pelo Estado na manutenção do aparato para realização dos direitos civis e políticos também são indispensáveis na efetivação dos direitos sociais, tratando-se, pois, de “gastos diluídos” na efetivação de todo e qualquer direito, não servindo de base para a comparação entre o custo dos direitos sociais e econômicos, de um lado, e o custo dos direitos civis e políticos, de outro”. (DANIEL, Juliana Maia Daniel, 2011, p. 18).

Ocorre que a instauração das políticas públicas, nos tempos atuais e em vários países do mundo, pouco tem da interferência das populações para as quais são destinadas as prestações equilibradas pelos planos estatais de governo. De Faria (2003) faz uma análise pertinente sobre a evolução das Políticas Públicas que evidencia a complexificação de seu processo devido a participação de novos atores frente ao mesmo. Segundo ela, os processos cada vez mais complexos, bem como a participação de novos atores nesses processos teriam deixado os

modelos tradicionais de análise incapazes de interpretar essa nova realidade. A seguir é destacado um trecho pertinente em que se encontra esse pensamento:

“Nas duas ultimas décadas, porem, os estudos acerca da interação entre os atores estatais e privados no processo de produção das Políticas Publicas tem sofrido significativas formulações. Uma grande variedade de pesquisas empíricas e de ensaios de natureza teórico-conceitual tem demonstrado a incapacidade dos modelos tradicionais de interpretação dos mecanismos de intermediação de interesses, como o pluralismo, o corporativismo, o marxismo, em suas varias derivações, de dar conta da diversificação e da complexificação desses processos, muitas vezes marcados por interações não hierárquicas e por um baixo grau de formalização no intercambio de recursos e informações, bem como pela participação de novos atores, como, por exemplo, organizações não governamentais de atuação transnacional e redes de especialistas”. (DE FARIA, 2003, p. 21)

Portanto, quando tratamos de políticas públicas, fala-se de sua efetiva atuação dentro da esfera em que as maiores arbitrariedades são cometidas pelos agentes estatais no exercício de suas funções e, por consequente, terminam por consistir a situação na qual a intervenção do Judiciário se faz necessária, tendo como finalidade ao mesmo tempo que coibir os abusos, e também fazer possível a eficácia dos direitos sociais.

ALEXANDRINO e PAULO (2016) explicam esse fenômeno e ressaltam que não havendo previsão legal para um determinado ato, a Administração Pública fica incapacitada de atuar, pois a vontade Administrativa é a vontade expressa na lei, sendo irrelevantes as opiniões ou convicções pessoais de seus agentes. trazem e que a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser contra legem nem praeter legem, mas apenas secundum legem). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que o haja editado ou pelo Poder Judiciário.

Devido a este de arbitrariedade, o modelo de elaboração de políticas públicas, em sua maioria de casos, passa longe das reais expectativas das populações e, portanto, é comum que, ao final, tais políticas cheguem a destoar, de maneira significativa, das necessidades populares. Por exemplo, estima-se que havia mais de 100.000 (cem mil) pessoas em situação de rua no Brasil em 2015 (NATALINO, 2016).

Ademais, outro ponto que deve ser levantado é a questão orçamentária, pois o governo invocou inúmeras vezes a questão orçamentária para escolher entre a implementação de uma ou de outra política pública prevista na agenda. Como exposto anteriormente, apesar da discricionariedade do agente em atingir a escolha das prioridades orçamentárias, o poder discricionário não pode isentar os julgamentos de "oportunidade e conveniência" inerentes ao controle judicial, porque os orçamentos são os recursos necessários para autorizar a existência e gestão de políticas públicas para maximizar a eficácia.

Há, então, um procedimento pelo qual opera-se a legitimação do poder jurídico pelo político e do poder político pelo jurídico. Segundo o entendimento de Habermas:

“Existe, todavia, uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político. Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. Porém o ato auto referencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo. O momento do reconhecimento recíproco de direitos continua sendo um evento metafórico que pode ser, quando muito, rememorado e ritualizado: a sua perpetuação exige a instauração ou aproveitamento funcional de um poder do Estado. Para que o entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo da juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto com o *médium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito. Da constituição co-originária e da interligação entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito. Esta é a ideia do Estado de Direito. (...) Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse nexo interno do direito com o poder político reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo, consideradas mais acima”. (HABERMAS, 2003a, p. 170).

Boa parte dos debates no tocante à omissão administrativa na implementação de políticas públicas incide sobre o orçamento, sob o argumento do limite da “reserva do possível”, invocado de forma reiterada pela Administração

Pública, para afastar o controle do Judiciário em suas condutas omissivas, que colocam em xeque a efetividade de todo o sistema estatal.

Porém, não pode a Administração Pública se valer da cláusula da reserva do possível para se esquivar da obrigação de garantir os direitos sociais sem que a aplicação desta cláusula seja claramente fundada, como bem consignou o Ministro Celso de Mello em seu voto no processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. (ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – “Reserva do Possível” ADPF 45 MC/DF)

Assim, se por um lado o orçamento público não pode mais ser considerado esfera intocável pelo Judiciário, de outro a decisão judicial deve usar da razoabilidade na avaliação das possibilidades do orçamento, fixando prazos razoáveis e compatíveis com a execução orçamentária.

Os impasses apresentados dirigem para uma impossibilidade no que diz respeito a coordenação das políticas partidárias, pelas quais os administradores avocam certos compromissos com as políticas desenvolvidas para atender às demandas sociais, não parecendo assim haver outra solução, a priori, que a existência de uma ferramenta que possibilite funcionar como marco orientador das atividades públicas. Com essa ferramenta, fazer de modo que, ainda que diante de atos considerados discricionários, possa o administrador, seguindo determinados parâmetros previamente estabelecidos, realizar a escolha que mais atende à finalidade do ato, ou seja, atenda diretamente ao interesse público.

Neste ponto, parece necessário restaurar a constituição normativa como um guia para as atividades públicas, a fim de estabelecer padrões que minimizem decisões que estão longe das reais necessidades dos gestores. Essa necessidade lembra as pessoas que a constituição aprovada pelo legislador em 1988 ou o poder administrativo de direitos básicos pretende ser um plano de ação pública

permanente, conferindo-lhe funções como justiça, igualdade e paz. Sociabilidade foi estabelecida desde o preâmbulo, como se vê:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 1998)

Seguindo-se no Art. 1º, como se vê :

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; IV – o pluralismo político”. (BRASIL, 1998)

Podendo ainda ressaltar o art. 3º, onde se lê: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]” (BRASIL, 1998).

Ademais no art. 170 da CF/88 prevê: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]” BRASIL (1998). Bem como em tantos outros regramentos legais pátrios estão assegurados ao cidadão a devida prestação legal visando sanar as suas demandas.

Por todo exposto, nota-se que, não se pode falar da superação do dirigismo constitucional quando se depara com a realidade social como a do Brasil. A carência de efetividade dos direitos sociais no País, considerados de segunda geração como entende Bonavides (1995), enquanto os direitos políticos, considerados de terceira geração, ganham status de universalidade – basta apenas observar a diferença entre os números apresentados no alistamento eleitoral no País e o moderno sistema de urnas eletrônicas a que todos tem total acesso, sendo considerado recentemente exemplo para outros países segundo a

BBC NEWS/BRASIL, e de quando se registram casos de trabalho escravo, altos índices de mortalidade infantil, milhares de pessoas vivendo nas ruas, sem direito à moradia e à integridade, entre outros –, demonstra o grande desajuste das políticas públicas adotadas pelos sucessivos governos.

O quadro não pode abstrair-se do envolvimento de nenhum dos atores sociais, especialmente do Poder Judiciário, quando no exercício de suas funções deve aplicar o ordenamento jurídico, em conformidade com os ideais do dirigismo constitucional, sob penalidade de arcar com o peso não apenas de sua omissão, mas da contribuição quase dolosa para a perduração do caos.

6. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SOB UM CONCEITO GARANTISTA

Na perspectiva de assegurar o controle da Administração, visto que esta deve atuar, em todos os momentos, tendo o indivíduo como centro de suas realizações, cabe ao Judiciário a apreciação dos atos administrativos, sempre sob a visão ou intenção dos direitos fundamentais constitucionais, “[...] considerados agora sob um aspecto substancial e primacial, posto que traduzem os valores morais e políticos da sociedade”. (CADEMARTORI, p. 148-150).

Em outras palavras, isso quer dizer que a Administração Pública deverá, sob esse entendimento, de realizar os direitos fundamentais da população, de maneira mais ampla possível, tendo em vista sempre o interesse coletivo. Assim, segundo a ideia de Ferrajoli (2002), se a norma ingressasse no ordenamento pelo procedimento formal – que para ele configurava vigência – mas não estivesse substancialmente de acordo com os direitos fundamentais, tal norma seria inválida.

Logo, o consuetudinário controle dos atos administrativos no Brasil no Brasil, partindo-se da existência de uma perda em conteúdo, forma e pressupostos, objetivando provar a conformidade e legalidade, é insuficiente e incompleto, uma vez que um ato pode, até, conter todos os requisitos legais, mas estar em confronto com direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento.

No que diz respeito a legalidade desse controle dos atos administrativos no Estado democrático de Direito, pode-se usar o raciocínio de Sainz Moreno (1976),

que é a plena submissão da Administração ao ordenamento jurídico, em função do consagrado princípio da legalidade, e por força deste, ao controle judicial, a qual deve ser tomada como idéia nuclear da organização democrática da vida comunitária. Significa dizer que a administração pública coordena interesses que não são seus, mas sim da comunidade à qual ela serve e, portanto, é esta comunidade, e não outras entidades tutelares, que deve decidir o que deseja e a forma como executar o que tenciona.

Portanto, o controle judicial da legitimidade administrativa é um elemento básico de uma organização democrática do poder público, ao mesmo tempo em que faz julgamentos racionais sobre a legitimidade e o comportamento das instituições, podemos assim citar Di Pietro:

“O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”. (DI PIETRO, 2014, p. 827)

Pode-se verificar a partir dos tópicos que é necessário sempre analisar a situação que ocorre em um caso específico, e focar na satisfação dos pontos básicos dos que são administrados, e somente com base nesse pressuposto pode o poder público poder determinar de forma discricionária as diretrizes sobre políticas.

Veja-se que a realidade vivenciadas pelos juízes, não permite que eles possam isolar-se no neutralismo formal da legislação, sem que se avalie o mérito de certas decisões da Administração que se incluem entre as quais cabe ao Executivo escolher a solução mais adequada. É impossível imaginar a velha teoria do poder discricionário como um argumento fechado para as oportunidades e conveniência dos gestores, especialmente quando a definição de políticas públicas afeta os direitos básicos dos gerenciados, como vida, integridade, etc. Nesse sentido, os julgamentos dos juízes de primeira instância têm aumentado muito nos últimos anos e, nos tribunais, a jurisprudência caminha claramente nessa direção, como se vê na decisão do TRF 4ª. Região, em Ação Civil Pública, a

“[...] execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a

responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência” (AI 200404010145703-SC. 4ª. Turma. Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Junior. J. 23.06.2004. DJU. 04.08.2004).

Pode-se citar também a decisão judicial do mesmo tribunal, onde considerou adequado o entendimento da Ação Civil Pública para obrigar a União a:

“[...] realizar estudos técnicos, nas rodovias federais, para sinalização adequada aos preceitos do Código Brasileiro de Trânsito”. No acórdão, o juiz relator afirma: “I. A intervenção do Judiciário em questões administrativas é cabível apenas em áreas alheias à margem de discricionariedade do administrador, aquele legitimado ao juízo de oportunidade e conveniência quanto à atuação da Administração, em que se consideram os recursos disponíveis, normalmente escassos, e as inúmeras necessidades. Tais áreas de intervenção admissível são, justamente, as da competência vinculada, em que a conduta da Administração é ditada pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios, que o compõem. II. Considerando que a segurança e a saúde dos administrados e usuários de rodovias, bem como a integridade do patrimônio público que representam, são valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, é de se concluir que atos tendentes a fragilizá-los ou vulnerá-los violam o sistema e extrapolam a discricionariedade. Assim, promover a devida e correta realização de estudos técnicos nas rodovias federais para a devida adequação dos preceitos do CTB à sinalização, em sendo determinadas pelo Judiciário, são medidas que buscam corrigir desvio de conduta vinculada esperada da Administração” (AC 200171030005082-RS. 4ª. Turma. Rel. Juiz Waldemar Capeletti. J. 20.08.2003, DJU 10.09.2003).

Verifica-se que os próprios tribunais vem adotando, cada dia mais, uma postura diante da ineficiência administrativa, no que caminham no tom das ruas, onde os administrados já não suportam mais a aplicação de recursos públicos em programas menos importantes, enquanto a maioria da população continua pobre, crianças continuam sem escola, sem saúde ou sem saneamento básico. A administração pública, portanto, só deve escolher suas prioridades de forma discricionária após cumpridas as necessidades básicas dos indivíduos, visto que, enquanto não o fizer, fica vedada a destinação de recursos para outras finalidades, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.

Segundo o entendimento de KRELL (2003), outra limitação capaz de se contrapor a uma atitude menos passiva do Judiciário no controle da Administração tem sido a alegação da “reserva do possível”. Essa teoria surgiu na Alemanha e tem sido utilizada nos países europeus, segundo a qual, a prestação reclamada

pelo administrado deve corresponder ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade, de modo que, ainda que o Estado disponha de recursos e poder de disposição, não há obrigatoriedade de prestar algo que sobressai aos limites do razoável.³⁹

Isto significa segundo Costa (2004), que deve-se considerar a existência de um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, no que se refere à disponibilidade material e jurídica de recursos necessários à realização da prestação exigida. Na Europa, essa possibilidade pode ser considerada, já que as prestações públicas podem ser satisfeitas com maior facilidade, dado que a economia dos países é mais estável, os controles sociais são mais eficientes e as políticas públicas atingem o maior número de administrados, cabendo, portanto, a discussão dos limites do Estado social e até a redução das prestações, o que não tem correspondência na realidade brasileira, onde, segundo Costa (2004) o “[...] Estado-providência nunca foi implantado”.

Ademais, de acordo com Fernando Facury (2005), o sistema de planejamento instituído pela Constituição de 1988 é dotado de mecanismos para comprovar que os objetivos da Carta estão sendo efetivamente sendo cumpridos pela Administração de forma ampla, democrática e transparente, como a compatibilização do Plano Plurianual com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária do exercício em andamento.

Deve-se assinalar que, quando a própria lei mal dimensiona os investimentos públicos, distorcendo as prioridades, cabe a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da norma, conforme o caso, de modo que todas as atitudes relacionadas com a definição e realização das políticas públicas poderão ser fiscalizadas pelo Judiciário.

E tais atitudes não podem ser vistas como “judicialização da política”, ou “ativismo judicial”, dado que, se uma parcela da população não dispõe de mecanismos de defesa de seus direitos de outro modo que não a ação judicial proposta pelo Ministério Público ou por associações credenciadas a isto, não resta outra lternativa ao magistrado que a de acolher o pedido e determinar a correção da situação de extrema gravidade, urgência e injustiça, conforme o caso, através da realização das obras e serviços necessários à efetivação da decisão.

Tais apontamentos enquadram-se na teoria garantista de Ferrajoli (2001),

mediante o qual existem dois princípios desta teoria: o da legalidade, que diz respeito as garantias dos direitos fundamentais estejam asseguradas na legislação, e o da submissão à jurisdição, que quer dizer que tais direitos sejam acionáveis em juízo, em relação aos sujeitos responsáveis por suas violações, por ação ou omissão.

Os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição brasileira, têm aplicação imediata, conforme o texto do art. 5º. § 1º. Da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”., assim como os direitos sociais preconizados o texto do art. 6º. da Carta prevê: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”., e os regulamentados por leis especiais, podendo, cada qual deles, ser reivindicado em juízo, por força da previsão constitucional de sindicabilidade de toda e qualquer ameaça ou lesão de direito (art. 5º. XXXV).

Dessa forma, mais do que simples mecanismos de aplicação do Direito, portanto, os magistrados, nesse processo, deverão usar de uma atuação criativa, localizando, dentro do próprio ordenamento, as soluções capazes de promover a estabilidade social mediante o atendimento das necessidades básicas das populações. Além disso, isso não precisa necessariamente acontecer por meio de processos judiciais demorados, mas principalmente pelo desenvolvimento da mediação dos juízes, de modo a formar sempre as partes, para que os gestores possam efetivamente obter os benefícios de que dispõem.

Nesse sentido, conforme aponta Costa, ao citar a pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), de 2000, na qual 73,1% dos juízes ouvidos manifestaram-se no sentido de que “[...] o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos”. No mesmo estudo aponta que 52,9% dos magistrados afirmam que somente em ocasiões tomam essas decisões, porém, “[...] baseadas em suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei”, ao mesmo tempo que 21,5% certificam que nunca tomariam decisões baseados em visões meramente políticas, e somente 4,2% atestaram tomar sempre essas decisão. Portanto, deve-se destacar que a atividade judicial exige que os magistrados desempenhem um

papel de criatividade no sentido de atribuir plena relevância de um ou outro fato estabelecido para sanar as lacunas e dar soluções aos litígios contraditórios conhecidos como "caso difícil" e esclarecer o significado de conceitos jurídicos incertos.

Dessa forma, as políticas públicas são terreno de possível fiscalização do Judiciário, podendo ainda ser avaliadas pelos juízes, desde que estes adotem as técnicas jurídicas capazes de tornar essa avaliação viável, concedendo legitimidade e consistência ao controle da administração e dos seus atos. Concernete a afirmação, Caetano (1970) ressalta dentre as técnicas já consagradas, as teorias dos motivos determinantes – razões de direito ou de fato, ponderadas de modo objetivo, sem a influência das quais o órgão administrativo não teria manifestado sua vontade nos termos colocados, ou até mesmo premissas das quais se extrai a conclusão, que é a decisão administrativa – e do desvio de finalidade, conforme cita Caio Tácito em “O desvio de poder nos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, na Revista Forense, sendo este desvio manifestado quando a prática do ato administrativo, baseada na atitude do agente, volta-se a uma finalidade de interesse privado, ou até a outro fim público, mas estranho às previsões normativas, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Vários dispositivos legais do ordenamento brasileiro contemplam essas técnicas, como na Lei n. 4.717/65 (Ação Popular) em seu art. 2º:

“São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior nos casos de: [...] d) inexistência de motivos; e) desvio de finalidade; Parágrafo Único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência de motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” (Lei n. 4.717/65, art. 2º)

Portanto, deve-se ressaltar que juízes não são permitidos, nem deveriam ser permitidos. No entanto eles “[...] podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia da construção da felicidade de cada um e de todos” (COSTA, p. 64).

O Poder Judiciário, no caso do controle das políticas públicas, deve ser

entendido com uma das funções da soberania do Estado, atuando no suprimento da ausência ou ineficiência do legislador ou da Administração. Na esteira do raciocínio de Alexy (1999), quando um juiz ou um tribunal age em função da defesa de falhas, tanto do Executivo, quanto do Legislativo, este não está atuando de forma contrária a população, mas sim em favor dela. Completa o autor, afirmando que um processo de reflexão se estabiliza entre a coletividade, legislador e tribunal constitucional, “[...] pode-se falar em institucionalização que deu certo dos direitos do homem no Estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados”.

7. CONCLUSÃO

As questões avaliadas neste estudo, portanto, visam os direitos fundamentais sociais juridicamente reconhecidos e legalmente devidos aos cidadãos, que implicam, para a sua concretização, no acolhimento de políticas públicas, onde as fases caracterizadoras dessa adoção levam a identificação dos temas problemáticos a serem objeto das políticas, assim como da definição de uma agenda específica, orientada por prioridades, para se chegue à eleição dos pontos que, efetivamente, virão a ser objeto de ações governamentais ou da administração, para, assim, se verem instrumentalizadas, na a forma de planos de ação e resultado de ações administrativas fáticas.

Por esta razão, impõe-se a adoção de um controle da administração que leve em conta a mecanização de um novo conceito de discricionariedade, o qual implica em que aquela contemple, com total prioridade, o suprimento das básicas necessidades dos governados que dependem das prestações estatais, ou seja, a adoção de um mecanismo que possa compor um mínimo essencial que permita a vida com dignidade, como, por exemplo, proporcionar escola e saúde para todas as crianças, e atendimento social a todos os necessitados.

Bem certo é que as posições não se fazem inteiramente jurídicas e nem filosóficas, e sim, um grande e efetivo choque de interesses públicos cujos os argumentos de sustentação se ponderam de um lado para outro, emprestando-se fundamentos da tese que apropria o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, aí incluídas as de eficácia limitada, também, em que pesem as restrições decorrentes de sua própria construção. Por outro lado, arguindo-se a

impossibilidade orçamentária ou de responsabilidade fiscal em atuar de forma prestacional em casos de insuficiência de recursos ou de previsões aplicativas dos mesmos, segundo a Tese da Reserva do Possível.

Conclui-se que a límpida utilização dos elementos como a razoabilidade e a proporcionalidade, aliados à discricionariedade devem sempre caracterizar a atividade dos agentes políticos no processo de elaboração e implementação das políticas públicas na busca do bem comum e do bem-estar social, cabendo ao Judiciário, na omissão ou ação indevida administrativa, promover padrões objetivos para efetiva correção administrativa, para distinguir as diferentes prioridades da população, e avaliar por meio de perícias, para que os recursos possam atender efetivamente aos melhores interesses da população, aliás, esta é a razão pela qual o Estado existe.

8. REFERÊNCIAS

(ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 212-245).

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução de: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul/set. 1999, p. 55-66.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

ARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2 ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005, pag. 526.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: **a filosofia política e as lições dos clássicos** (org. Michelangelo Bovero e trad. Daniela Beccaccia Versiani). Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAVEIRA. **Entendendo os conceitos básicos de Políticas Públicas - CLP - Liderança Pública**. CLP - Liderança Pública. Disponível em: <<https://www.clp.org.br/entendendo-os-conceitos-basicos-mlg2-de-politicas-publicas-mlg2/>>. Acesso em: 22 Nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Inovações no direito administrativo brasileiro**. Interesse público, Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005.

DAL BOSCO, Maria Goretti; VALLE, Paulo Roberto Dalla. **Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais.** Obtido em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_d_al_bosco_e_paulo_valle.pdf (artigo integrante da tese de doutorado da autora, intitulado “Políticas Públicas e improbidade: uma aproximação garantista”). Acesso em 18 de Outubro de 2020.

EASTONE, D. **A Framework for Political Analysis.** Englewood Cliffs: Prentice Hall. 1965.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7. ed. Tradução de: João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996, 393 p.

ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo.** Tomo I, 2ª. ed., Madrid: Civitas, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil.** 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 37.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** p. 170.

[HTTPS:/// BBCNEWS. Como funciona a urna eletrônica - e ela é mesmo segura? - BBC News Brasil.](https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54935013) BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54935013>>. Acesso em: 17 Nov. 2020.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LYNN, L. E. Designing public policy: **a casebook on the role of policy analysis.** Santa Monica: Goodyear, 1980.

MEAD, L. M. Public Policy: **vision, potential, limits.** Policy Currents, [S. l.], p. 1-4,

feb. 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Panorama social de América Latina 2004. **Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)**. Cap. I, p. 5. Disponível em: . Acesso em: 20 Nov. 2020.

PETERS, B. G. **American Public Policy**. Chatham: Chatham House, 1986.

POLITIZE. **Políticas Públicas: o que são e para que servem? | Politize!** Politize! Disponível em: <<https://www.politize.com.br/politicas-publicas/#:~:text=Um%20programa%20da%20Prefeitura%20que,educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20sa%C3%BAde%2C%20por%20exemplo.>>>. Acesso em: 15 Nov. 2020.

RODRIGUES, LUCAS; LUCCHI, RENATHA. Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com base nos princípios da administração pública e da inafastabilidade da jurisdição. **AMBITO JURÍDICO**, [S. l.], p. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/controle-jurisdicional-dos-atos-administrativos-discricionarios-com-base-nos-principios-da-administracao-publica-e-da-inafastabilidade-da-jurisdicao/>, 3 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 179-180.

TÁCITO, Caio. **O desvio de poder nos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 320, p. 3.

TEIXEIRA, E. C. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. Revista AATR, Salvador, 2002. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2017.