



IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PODER EXECUTIVO OU JUDICIÁRIO?

Luciana Lacerda da Silva Sousa*

RESUMO

Este artigo tem como objetivo a análise do “ativismo judicial” no poder Executivo que por sua vez poderá intervir em políticas públicas ordenando que o mesmo seja ofertado, porém tal ordenança poderá comprometer o orçamento público, pois por vezes a viabilidade não é analisada. A Administração pública é uma estrutura estatal marcada por momentos históricos e com características próprias, com a função de atender as inovações intrínsecas ao Estado Democrático de Direito, onde um de seus atributos é agir de forma vinculada ou discricionária, resguardando os direitos e garantias fundamentais. A discricionariedade permite ao poder público agir com margem de escolha, ocorre que tal liberdade aplicada de forma desmedida poderá causar abusos ou não garantir direitos fundamentais, pelos quais este artigo vem inquirir acerca da existência de limites circunstanciais e/ou temporais, em defesa daqueles que sofrem o efeito desta. Os desmandos da discricionariedade pública na implementação de políticas sociais poderão ser determinantes para o “ativismo judicial”. Em suma, se notará que o Judiciário não deve intervir na discricionariedade administrativa no tocante a implementação de políticas públicas, no entanto, na falta de oferta destas será circunstância autorizadora para interferência judicial a fim de garantir direitos fundamentais, porém ainda será o Poder Executivo que irá implementá-las condicionando-as aos recursos públicos mobilizados para esse efeito.

Palavras- Chave: Administração pública. Discricionariedade. Política social. Orçamento público. Ativismo Judicial

IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES: EXECUTIVE OR JUDICIAL POWER?

ABSTRACT

This article aims to analyze the "judicial activism" in the Executive branch, which in turn may intervene in public policies ordering that it be offered, but such an ordinance may compromise the public budget, as sometimes the feasibility is not analyzed. Public Administration is a state structure marked by historical moments and with its own characteristics, with the function of





meeting the innovations intrinsic to the Democratic State of Law, where one of its attributes is to act in a linked or discretionary way, safeguarding fundamental rights and guarantees.

*Advogada; Especialização em Direito Público/PUC Minas. Mestre em Desenvolvimento Territorial e Planejamento Social pela Universidade Católica do Salvador; luciana.lacerdas@hotmail.com.

The discretion allows the public power to act with a margin of choice, it happens that such freedom applied in an excessive way may cause abuses or not guarantee fundamental rights, for which this article inquires about the existence of circumstantial and/or temporal limits, in defense of those who suffer the effect of it. The excesses of public discretion in the implementation of social policies may be decisive for “judicial activism”. In short, it will be noted that the Judiciary should not intervene in the administrative discretion regarding the implementation of public policies, however, in the absence of these, it will be an authorizing circumstance for judicial interference in order to guarantee fundamental rights, but it will still be the Executive Branch that will implement them conditioning them to the public resources mobilized for this purpose.

Keywords: Public administration. Discretionary. Social politics. Public budget. Judicial Activism

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a partir da Segunda Guerra Mundial, o Estado começa a desenvolver o que atualmente é denominada “Função Social”, ou seja, passaram a oferecer outros serviços que não somente os alusivos à defesa do cidadão, proteção às propriedades privadas de invasões externas e à aplicação da justiça interna, como também os serviços de saúde, educação e transporte, entre outros.

Nesta perspectiva histórica, a administração pública evoluiu e em meados do século XX é perceptível um novo momento histórico denominado “gerencial”, no qual as entidades passam a considerar as necessidades sociais, nisto, as organizações públicas são dirigidas para atingir o que foi proposto da forma mais eficaz possível. Sendo mais flexíveis, pretende-se reduzir custos, aumentar a qualidade dos serviços com foco nos resultados e primam pela eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos.

Com efeito, é certo que o período do Estado Democrático de Direito demarca um novo momento histórico, como bem explica a autora Di Pietro (2001), pois que se vislumbram novas tendências, pelas quais o direito brasileiro não pôde esquivar, adotando assim quatro princípios da Constituição alemã, quais sejam: Estado democrático, pois que “todo o poder emana do



povo”; Estado Federativo, onde se difundem por meio de dispositivos Constitucionais (art. 3º, III e art.170, VII, CF/88) as competências entre União, Estado e Município, todos com certa margem de autonomia; Estado Social, princípio este motivado na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Notadamente a ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, engloba dois interesses, primariamente o interesse da sociedade que sintetiza valores como justiça, segurança e bem-estar social e secundariamente o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se como o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Assim, o Estado tem de desenvolver atividades para a execução de suas finalidades, e no exercício da função administrativa, os atos praticados serão vinculados à lei e ao interesse público, sujeitos a privilégios, limitações e controles que esta peculiaridade ocasiona.

Esse tema traz sobre si grandes questionamentos quanto à atuação da Administração Pública, haja vista a Constituição Federal de 1988 prevê direitos fundamentais que devem ser assistidos pelo Estado, no entanto, o Executivo deliberará por conveniência e oportunidade as políticas sociais a serem em tempo implementadas, se aproximando da linha tênue do desmando e arbítrio político, necessitando de medidas limitadoras evitando o abuso de poder, uma espécie de limite de moralidade.

Neste sentido, este artigo elucidará a atuação da Administração pública verificando e correlacionando o interesse público, a implementação de políticas sociais e o financiamento público ponderando aspectos do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial.

Para fundamento, análise e aderência aos objetivos sugeridos, se fará necessário à apresentação de noções preliminares do direito público, todos de grande importância para um melhor desempenho na investigação ora sugerida, como a explanação do desenvolvimento histórico e institucional do Estado de Direito correlacionando a atividade pública e exercício da função administrativa que diante de sua responsabilidade de manter um desempenho diferenciado resguardando a regularidade de seus atos, pelas quais o direito brasileiro não pôde escapar e que serão perquiridos.

Para realização desta pesquisa será utilizado levantamento bibliográfico (livros, artigos de periódicos e materiais disponibilizados na internet) como também da jurisprudência para averiguação e demonstração das vertentes atinentes ao tema, que proporcionarão uma visão mais ampla, concernente a sua aplicação, partindo assim de pressupostos já afirmados e que



servirão de base para se chegar a conhecimentos novos e por isso se trata de uma pesquisa de natureza básica com objetivos exploratórios, ou seja, esses conhecimentos novos serão úteis para o avanço da ciência, no entanto, sem previsão de aplicação prática, mas que terão por finalidade uma maior aproximação ao problema com objetivo de torná-los explícitos.

2 A QUESTÃO DO ESTADO SOCIAL E FISCAL

Na contemporaneidade, segundo o mestre Aliomar Baleeiro (2015) a justificação dos impostos se confunde com a do Estado ou a do poder político, e aqueles que se julgam aptos a exercer o governo carecem de meios materiais e pessoais para tal empreitada, que tem valor econômico e social, incumbindo à sociedade suportar o ônus.

Aliomar Baleeiro (2015) afirma que sempre foi assim e continua a ser, no mundo contemporâneo, e não há expectativa de que se mude essa realidade no futuro. Não se pode crer que nas sociedades primitivas, os indivíduos exercessem de forma espontânea seus deveres para com o grupo e revelando um espírito de solidariedade social do que hoje. (p. 333)

Seja com embasamento no uso da força, seja por meio da formação do consenso, o pagamento de tributo sempre foi uma realidade no seio da sociedade. Vivendo em sociedade, os homens têm necessidades que só pelo grupo podem ser satisfeitas. Aliomar Baleeiro exemplifica,

O primeiro cacique, que, pela força audácia e astúcia, comandou a tribo no ataque ou na defesa, foi escolhido juiz e possivelmente se arvorou a sacerdote. Quando logrou essa ascendência, fez-se alimentar pelo esforço dos demais, que se resignaram ao sacrifício em parte pelo medo, em parte porque tiveram a obscura intuição de que o chefe era instrumento útil e necessário ao grupo. Até hoje se repete que o pior dos governos é melhor do que a anarquia. (BALEIRO, 2015, p.337)

De qualquer forma a finalidade justificável para o tributo é a possibilidade de o Estado possuir capacidade econômica para prover as necessidades da coletividade revelando assim também sua natureza política. “A soberania financeira, que é do povo, transfere-se limitadamente ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe tributar e gastar”. (TORRES, 2013)

Assim, o financiamento deve atender necessidades coletivas, destinando-se a necessidades públicas disciplinando aos níveis constitucionais e legal, atendendo três necessidades públicas básicas inseridas na ordem jurídico-constitucional: a prestação de



serviços públicos, e exercício regular do poder de polícia e a intervenção do domínio econômico.

Aliomar Baleeiro frisa que,

Quanto mais se elevam as massas, na evolução democrática, tanto mais participa do poder, indiretamente, o maior número. A tributação se desloca paralelamente e atinge as classes outrora privilegiadas, enquanto os serviços públicos tendem a satisfazer as aspirações e interesses de toda coletividade. A primeira metade do século XX testemunhou a aceleração desse movimento evolutivo. (BALEEIRO, 2015, p.337)

Não obstante ao exposto acima, existe um velho questionamento desde muitos séculos acerca da justiça fiscal, no entanto, segundo Aliomar Baleeiro (2015) apesar desta discussão ser própria da Moral (como ciência do bem) ou da Política (como técnica do realisticamente possível), ele explica que no âmbito do Direito positivo “interessa verificar se os instrumentos tributários adotados pelo legislador são idôneos para o fim que ele alveja ou se o realizam praticamente, assim como as causas que estorvam esse resultado”. (BALEEIRO, 2015, p.348)

Desta forma, ainda sobre “justiça fiscal” o mestre Klaus Tipke (2012) em seu livro “Moral tributária do Estado e dos Contribuintes, revela que a justiça tributária é uma necessidade, ele afirma “Em um Estado de Direito tudo deve o quanto possível ocorrer com justiça. Essa é a mais alta exigência, que se pode fazer perante ele. Essa exigência não pode em sua essência ser anulada ou deslocada por outras exigências”. (TIPKE, 2012, p.13)

Nisto Klaus Tipke objetivamente afirma que,

O Estado, fundado na utilização privada da propriedade está destinado a suprir a demanda financeira necessária para preencher suas tarefas principalmente mediante impostos Sem impostos e contribuintes ‘não há como construir um Estado’, nem o Estado de Direito nem muito menos algum Estado Social. (TIPKE, 2012, p.13)

Assim, de acordo com Klaus Tipke (2012) num Estado de Direito a questão da justiça se posiciona efetivamente quando a coletividade está destinada a partilhar de cargas e pretensões que estão conexas com a vida em comum, a justiça distributiva. No entanto esse sentimento de justiça vai além do ato da arrecadação pública, mas de assistência Estatal, mais propriamente na redução da desigualdade social.

Neste sentido o mestre Dirley da Cunha Júnior, afirma que,

O novo Estado – o *État providence* dos franceses ou o *Welfare State* – assume importante papel no contexto da sociedade contemporânea, de natureza essencialmente *promocional*, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado. (CUNHA JÚNIOR, p.9)



Neste sentido o mestre Thomas Piketty salienta que o desafio do Estado Social permanece:

[...] fazer com que os cidadãos possam escolher soberana e democraticamente os recursos que desejam dedicar aos projetos comuns: educação, saúde, aposentadoria, desigualdade, emprego, desenvolvimento sustentável, etc. É claro que a forma concreta assumida pelos impostos em todas as sociedades está no cerne do confronto político. Trata-se de criar um consenso sobre o que deve ser pago a quem e em nome de quais princípios. (PIKETTY, 2014, p.481)

Logo, incontestemente está que a atividade financeira do Estado está pautada em prover meios que assegurem a satisfação das necessidades da coletividade, instrumentalizar o planejamento da arrecadação de recursos e sua aplicação e promover a redistribuição de renda através da prestação de serviços públicos. Neste entendimento o mestre Andreas Krell cita Lôbo Torres para expressar sua visão acerca do orçamento público e sua finalidade precípua, “[...] documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados” (KRELL, 2002, p. 99-100)

A seguir serão apresentados aspectos formais e materiais entrelaçados entre Estado de Direito e exercício da função pública, onde sob aspecto material se atêm à ideia de justiça e segurança jurídica, mecanismo de sustentação da noção de Estado de Direito e, sob o aspecto formal surgem elementos estruturais como a existência de um sistema de direitos e garantias; divisão harmônica das funções do Estado, delimitando atuação por meio de freios e contrapesos “checks and balances”; legalidade administrativa e proteção a Boa-Fé relacionado a Administração Pública e administrados.

2.1 EXERCÍCIO PÚBLICO: LIMITE E CONTROLE

A Administração Pública, conforme expressa Di Pietro (2001), em sua fase inicial, não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, a não ser àquela que emanasse do monarca, ela afirma que “Era o império do arbítrio, não no sentido de injusto, mas no sentido de ausência de limitações legais”. (DI PIETRO, 2001, p.19)

Preliminarmente, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012) afirma que o Estado de Direito é resultado da junção dos pensamentos de Jean Jacques Rousseau e do barão de Montesquieu, onde o pensamento de Rousseau sustenta a ideia de soberania popular, de



igualdade, de democracia e, Montesquieu, parte do pressuposto de um fato em que todo aquele que tem poder tende a abusar dele e em função disso, para evitar a tirania, o poder deve deter o poder, ou seja, o poder deverá ir até o seu limite, Bandeira de Mello afirma “[...] para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça nem as execute” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 12)

Diante disso, para que Administração pública pudesse adequar seus atos ao Estado Democrático de Direito foi preciso profundas mudanças para conformar o interesse público às necessidades coletivas, não podendo ficar inibida perante fórmulas rígidas, pois a essência da Administração Pública é passível de mudanças, sendo assim precisa ser flexibilizada, no sentido de verificar os meios adequados para atingir suas finalidades.

Essa mudança de paradigma, na qual o Estado estriba-se nos direitos fundamentais é de acordo com o mestre Luís Roberto Barroso (2000) uma das grandes transformações sucedidas no século XX. No Brasil, essa força normativa da Constituição foi estabelecida ao longo da década de 80, reconhecido assim como “Neoconstitucionalismo”.

O autor Luís R. Barroso descreve que,

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, p.15)

O autor Luís R. Barroso (p.17) suscita que a constitucionalização repercute sobre o desempenho dos três Poderes, de forma limitadora, onde o Legislativo se vê restrito em relação à sua margem de escolha (discricionariedade) de conformação na elaboração das leis em geral, impondo-lhe deveres de ação para realização de direitos e programas constitucionais. Quanto à Administração Pública, além de igualmente limitar-lhe a discricionariedade e estabelecer deveres de atuação, ainda aprovisiona fundamento de validade para o exercício de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, e isso independe da interposição do legislador ordinário. Em relação ao Poder Judiciário, será o parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele exercido, bem como condiciona a interpretação de todas as normas



do sistema. Para os particulares, a constitucionalização constitui limites à autonomia da vontade.

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 74 impõe à Administração Pública (assim como aos outros Poderes) o dever de manter um sistema integrado de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto a eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União e de apoiar o controle externo.

De igual forma o artigo 25 do Decreto-lei nº 200/67 prevê que o controle compreenderá os aspectos administrativo, orçamentário, patrimonial e financeiro, tendo por escopo assegurar a observância da legislação e dos programas do Governo, coordenar as atividades dos distintos órgãos e harmonizá-las com as dos demais Ministérios, avaliar a atuação dos órgãos supervisionados, fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e sua economicidade.

2.2 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS COMO LIMITADORES DO PODER DISCRICIONÁRIO ESTATAL

Muito embora já evidenciadas as peculiaridades intrínsecas a atividade Estatal, faz-se necessário uma análise minuciosa acerca da aplicação dos princípios que operam como limitadores (equilibradores) do exercício público.

Então é oportuno reproduzir preliminarmente a lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2012) que traçando linhas gerais esclarece a distinção entre atos expedidos no exercício de competência vinculada e atos exercidos no desempenho de competência discricionária. O jurista afirma que

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo



acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.10)

Articulando o mesmo entendimento a autora Zancaner (2001) salienta que existem casos em que a lei determina apenas algumas condições necessárias ao exercício de atos administrativos, competindo à Administração Pública completar o quadro regulativo para pleno exercício deste poder, ela aduz que isso acontece “através de uma estimativa subjetiva, quer quanto à escolha ou valorização do pressuposto do fato, quer quanto à determinação última do conteúdo concreto da decisão aplicável, dentro das lindes legais, quer quanto a ambos os elementos”. (ZANCANER, 2001, p.48)

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello localiza e define “discricionariedade”, aduzindo que,

[...] 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 cumprir o dever 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. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.48)

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2012) esclarece que há casos excepcionais em que a regra é omitida ao referir-se a situação de fato, descrevendo conceitos fluidos, imprecisos, vagos, indeterminados, dando margens a suscetíveis interpretações, que podem até descrever a norma objetivamente, porém, com margem de liberdade administrativa, dando opção quanto à forma, ou permitindo a livre escolha em praticar um determinado ato ou não, dando-lhe pelo menos duas alternativas abertas, podendo o administrador deferir ou não, nestes casos há interferência de um juízo subjetivo do administrador, ele ressalta que,

[...] o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração, dentro da significação textual que comportavam situação que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica-se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades legais. [...] o Judiciário pratica, desde logo, o ato de inteligência da lei, interpretando-a e controlando-a com o caso concreto, para aferir se foi boa ou mal aplicada. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, 27)

Sendo assim, Weida Zancaner (2001) adverte que a escolha dos pressupostos de fato, que servem de base à decisão administrativa, são limitados à adequação da finalidade (bem jurídico objetivado pelo ato) e o fim (interesse público) e em razão do próprio poder atribuído,



ou seja, em razão da própria expedição do ato, nisto a discricionariedade pública possui um campo restrito com relação à aplicação da norma.

Após a explanação ora proclamada quanto à discricionariedade administrativa, faz-se necessário elucidar a aplicabilidade dos princípios e subprincípios como limitador desta.

Segundo Odete Medauar (1999) a partir do momento em que o interesse público passou a ser prioridade na administração pública, observou-se assim uma série de prerrogativas indispensáveis para se alcançá-lo, no entanto, sua atuação está limitada por uma série de princípios, dentre os quais se destacam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do art. 37, caput, da CF/88, bem como da segurança jurídica e boa-fé.

A autora Odete Medauar (1999) faz ressalvas extremamente importantes acerca do controle do exercício público e afirma que o mesmo não se terá como fundamento apenas o princípio da legalidade, visto que há inovações paradigmáticas que estão estritamente ligados ao Estado Democrático de Direito, ao qual são asseguradas garantias e outros princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a atuação da Administração Pública seja mitigado de uma concepção fechada do princípio da legalidade para uma atuação em consonância com um complexo sistema de fontes que conformam o ordenamento jurídico, podendo preponderar outros princípios igualmente relevantes, de maneira que possa melhor atender o interesse público.

Aduz a autora Di Pietro (2001) que os princípios gerais do direito são valores que conduzem o legislador, o magistrado e o administrador público, havendo lei que o contrarie será inconstitucional, agindo como um limite à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, suscetível de revisão judicial. Explica Di Pietro que “A discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é- não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela ideia de justiça, com todos os valores que lhes são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição”. (DI PIETRO, 2001, p.46)

Neste sentido, Weida Zancaner afirma que “O exame das circunstâncias de fato, os princípios de Direito, o critério da razoabilidade e a interpretação geralmente afunilam o caminho a ser trilhado pelo administrador, de tal maneira que este se vê frente à possibilidade de uma única escolha, e não mais frente a um leque de possibilidades”. (ZANCANER, 2001, p.54)



Ademais, o mestre Luís Roberto Barroso esclarece que quando se era necessário o controle judicial do mérito do ato administrativo, os juízes e tribunais se limitavam aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí compreendidas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se entende desta forma. Assim não serão somente analisados os princípios constitucionais gerais, mas também os específicos, como moralidade, eficiência, a razoabilidade-proporcionalidade que permitirão o controle da discricionariedade administrativa, sendo advertido pelo autor a contenção e a prudência, para que não se troque a discricionariedade do administrador pela do juiz.

Diante do que fora exposto é possível compreender o grande desafio oportunizado ao Estado de Direito norteados na contemporaneidade pelo “Neoconstitucionalismo”, fazendo-se necessário assimilar as nuances dessa atuação estatal, a quem realmente compete atuar na prestação de serviços públicos, como também as escolhas e consequências para conformação do interesse público e a quem compete defendê-las, haja vista que a Constituição Federal de 1988 prevê direitos fundamentais que devem ser assistidos pelo Estado, no entanto, o Executivo deliberará por conveniência e oportunidade as políticas sociais a serem em tempo implementadas e que a seguir serão analisadas.

3 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EXECUTIVO OU JUDICIÁRIO?

A discricionariedade concede à Administração Pública o sopesamento das necessidades sociais que considerem emergentes para implementar em conformidade com a realidade do seu orçamento, lhe permitindo também que esta escolha a oportunidade e conveniência do interesse público para melhor fazê-lo. Faz-se necessário, porém, compreender qual será o posicionamento do Judiciário em caso da negativa por parte do Executivo em implementar políticas sociais que vislumbram direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal?

De acordo com Krell (2002) “o administrador está vinculado ao cumprimento de normas da ordem social, que resultará em obrigação à implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, “não há discricionariedade a respeito da ‘oportunidade



ou conveniência' da sua realização, mas somente no que diz respeito à escolha da melhor forma do cumprimento da finalidade constitucional ou legal" (KRELL, 2002,p.106)

O professor José Eduardo Faria (1998, p.64) afirma que é manifesto que o Executivo tem a discricionariedade para alocar recursos oficiais segundo as prioridades deliberadas por seus dirigentes, eleitos pelo voto direto em pleitos livres, nos quais protegeram programas específicos de governo em consonância com um determinado ideário doutrinário.

De acordo com o professor José Reinaldo de Lima Lopes para se compreender as políticas públicas é essencial que se compreenda o regime das finanças públicas, o autor explica que "[...] é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercícios dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros." (FARIA, 1998, p.132-133)

O professor Lopes (1998, p.133) ainda esclarece que sem planejamento, sem os orçamentos, não há como implementar política pública, ele indaga: "Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social? Eventualmente não [...]" (FARIA, 1998, p.133-134). O autor em comento explica:

As garantias dos direitos sociais podem, por isso, ser efetivadas hoje por alguns caminhos que variam a natureza: quando se falar em direito público subjetivo o cidadão está habilitado, creio, a exigir do Estado seja a prestação direta, seja a indenização; quando se tratar de garantia geral dos caminhos serão: por meio do Ministério Público (art. 129 da Constituição Federal), promover a responsabilidade de autoridades que não estejam dando andamento a políticas e ações já definidas em lei (orçamentárias e programas) e regulamentos ou atos administrativos [...]. (FARIA, 1998, p.137)

O mestre Lopes (1998, p. 136) afirma que o Judiciário se provocado adequadamente é um importante instrumento de formação de políticas públicas, mas que o Judiciário deve dividir o papel de protagonista dos casos com os cidadãos e advogados que dão início às ações, no entanto, para que se fale efetivamente em políticas públicas, devem-se ter iniciativas menos particulares e mais sociais, como nas defesas de interesses difusos antes dos direitos individuais homogêneos.

Assim, é notório que o Judiciário não possui a função-fim de implementar política social, e sim a defesa para efetivação dos direitos. Não obstante essa afirmativa seja real o mestre Celso Fernandes Campilongo (1998, p.32) afirma que os grupos sociais têm reconhecido o Judiciário como um "locus" eficaz de afirmação desses direitos sociais e superação desse



déficit, ele cita Luigi Ferrajoli para esclarecer que “delineia-se um novo juiz, tutor e garante dos direitos dos cidadãos contra os poderes, quer públicos quer privados, e vinculados à soberania popular por dois caminhos: a garantia dos direitos fundamentais, formalmente enunciados na Constituição, mas concretamente realizados e materializados pelas reivindicações sociais e individuais[...]”. (FARIA, 1998, p.34)

O professor Campilongo (1998) continua explicando que a magistratura se mostra de suma importância no controle tanto no arbítrio do Estado quanto dos desvios autocráticos das grandes organizações e mobilizações sociais, o autor salienta que o Estado pós-social enfrenta o desafio da construção do pluralismo jurídico, assim, algumas indagações (atuais) são realizadas pelo autor Campilongo: “Que papel desempenha o Judiciário diante da pluralidade de ordens jurídicas? Quais as relações entre regulação jurídica e auto-regulação social? A circulação de poderes do Estado para a sociedade é acompanhada pela unicidade jurisdicional do Estado para a fragmentação da Justiça em diversas instâncias privadas?” (FARIA, 1998, p.36)

Esclarecendo assim às indagações o professor Campilongo (1998) afirma que o novo modelo de sistema constitui-se em forma de rede ou circularidade e não em termos escalonados ou piramidais, na tentativa de superarem a burocratização e o senso teórico dos sistemas axiomáticos, suas referências se baseiam no senso prático e às necessidades da regra do caso particular, da justiça no caso concreto. Sendo assim, explica o autor que perante o magistrado, a provisoriamente das novas estruturas normativas – parciais, mutáveis e contingenciais – não apenas rompe com a unicidade do sistema normativo como põe em evidência o fato de que o novo direito é integrado por mecanismos que vão além de pretensão de auto fundação do direito.

O Judiciário assume um novo estilo, que de acordo com o mestre Campilongo incorpora-se “uma atividade redistributiva que se confunde, às vezes, com as atividades administrativas e legislativas – estimula a tendência a um “controle externo” da magistratura. Os demais Poderes apercebem-se de que parte de suas competências é subtraída ou pelo menos compartilhada com o Judiciário”. (FARIA, 1998, p.49)

Sobre o sistema e função dos três Poderes abordados acima o mestre Andreas J. Krell (2002, p. 99) fomenta que o Poder Executivo não apenas executa as normas legislativas sobre direitos sociais, mas também cria as políticas e os programas sociais em conformidade com o ordenamento jurídico. Essa função governamental planejadora e implementadora são categóricas para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade dos serviços. Havendo má



qualidade em tais serviços estão intrínsecos na não alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, sendo este um instrumento de suma importância para a efetivação dos serviços sociais e quando não atende os preceitos constitucionais deve ser corrigido por intermédio de alteração do orçamento conseguinte, com o devido cuidado.

É incontestável que a melhoria da qualidade na prestação de um serviço social ainda que básico quase sempre vá depender do repasse de um maior volume de verbas ou de uma estrutura administrativa reformulada, no entanto, a grande maioria dos tribunais brasileiros ainda não se reputam competentes para tomar tais decisões por considerá-las de cunho político e fora do âmbito de sua competência.

Ao mesmo tempo, podemos observar que a antiga resistência do Poder Judiciário a assumir o seu papel no processo de judicialização da política vem perdendo força, sendo que muitos juízes estão ‘abandonando, progressivamente, o cânon que lhe vinha de décadas de positivismo kelseniano’, para finalmente assumir a sua função importante na realização da própria justiça social. (KRELL, 2002, p.106)

Desta forma, o mestre Andreas J. Krell (2002) acrescenta que o fato que os direitos sociais não serem fruíveis ou exequíveis particularmente não pressupõe que juridicamente não possam, em determinados casos, ser demandados como se exigem outros direitos subjetivos, o autor afirma que “uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF), toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais”. (KRELL, 2002, p. 102)

Conforme o Krell (2002) o que não se pode é admitir que os Direitos Fundamentais se transformassem pela inércia do legislador ou insuficiência (crônica ou momentânea) de fundos estatais um “sonho, letra morta, pretensão irrealizada”. Assim o próprio autor Andreas J. Krell (2002) questiona se seria possível, na base do sistema jurídico constitucional brasileiro, o Poder Judiciário coibir a administração pública a realizar uma determinada política pública ou forçar um governo a executar programa de erradicação da miséria (art. 3º, III, CF). O autor em comento frisa tal entendimento declarando:

A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas constitucionais ‘programáticas’. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na



realização desses fins sociais através da prestação dos serviços básicos. (KRELL, 2002, p.101)

Andreas Krell (2002, p.100) defende que o cumprimento das tarefas sociais de formulação das políticas não está designado somente ao Governo e a Administração Pública, pois que têm o seu fundamento nas normas constitucionais sobre direitos sociais e sua observação pode e deve ser controlada pelo Judiciário.

3.1 OBJEÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

De acordo com Luís Roberto Barroso, houve causas que fortaleceram e expandiram o Poder Judiciário, dentre elas é suscitado por ele:

[...] a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, p. 3)

Segundo ainda o mestre Luís Roberto Barroso o ativismo judicial é uma atitude, e manifesta um modo específico proativo de interpretar a Constituição, podendo revelar-se de diferentes formas e situações, e que segundo o autor incluem: “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, p.6)

Muito embora o mestre Luís Roberto Barroso manifeste as causas e efeitos do Ativismo Judicial, ele aponta alguns limites funcionais entre os Poderes:

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo



institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial. (BARROSO, p.15)

O professor Dirley da Cunha Júnior salienta que a criatividade judicial é fenômeno da realidade e atualidade, transformações sobrepostas ao Estado que não se podem evitar e por tal motivo se impõe cada vez mais, um ativismo judicial e um controle judicial na implementação de políticas públicas designadas à consolidação dos direitos fundamentais e a integral satisfação dos valores sociais”. Ademais o autor Dirley da Cunha Júnior salienta os limites do intervencionismo judicial aduzindo que,

É certo, por óbvio, que o Poder Judiciário não deve intervir, sem mais, em esfera reservada a outro Poder, para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas e executivas no atendimento das demandas sociais. Todavia – e é isso que aqui defendemos – quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o *terceiro gigante* no controle das omissões do poder público. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – co-responsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição *ativa e dinâmica* na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente *dirigente*, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entres os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos. (CUNHA JÚNIOR, p.12)

Parece bem evidente que a criatividade judiciária ainda que colabore com os demais Poderes, a independência deve ser preservada, o autor Mauro Cappelletti afirma que “[...] um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 107)

Assim é claro que a criatividade do direito e de valores de acordo com o autor citado é inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, é o da medida de tal criatividade, logo de restrições, ele explica que “[...] Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 103)



Sobre a criatividade jurisdicional, o autor Mauro Cappelletti (1999) explica que apesar de ser uma virtude desta função, mas o seu excesso poderá provocar debilidades e limitações nocivas à prestação de serviços públicos, ele afirma que “[...] onde prevaleçam ou mais se acentuem tais ‘debilidades’, mais conveniente se tornará maior dose de ‘*self-restraint*’ do judiciário e provavelmente também de maior cuidado em tornar manifesta essa atitude de reserva e prudente abstenção dos juízes. Uma maior dose de ativismo se recomendará, ao invés, na hipótese contrária”. (CAPPELLETTI, 1999, p.133)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo agregou conceitos fundamentados em pesquisas de ilustres mestres de diversas áreas do Direito, pelos quais tornaram possível uma análise relevante acerca do tema proposto.

Não há o que se negar acerca dos inúmeros desafios apresentados ao Estado de Direito norteados na contemporaneidade pelo “Neoconstitucionalismo” e pelo “Ativismo judicial” para conformação do interesse público. A Constituição Federal de 1988 prevê direitos fundamentais que devem ser assistidos pelo Estado, no entanto, o Executivo deliberará por conveniência e oportunidade as políticas sociais a serem em tempo implementadas por meio do financiamento público.

Ocorre que nesta relação político/jurídica subsiste um campo com “alternativas igualmente justas” pelas quais atribuem a competência administrativa uma margem de liberdade, onde a autoridade administrativa poderá atuar, atendendo a interesses públicos concretos, devendo ainda assim estar dentro dos lindes legais ainda que operando discricionariamente.

Postas estas premissas, há considerações pertinentes a fazer: a primeira consideração está pautada no não intervencionismo do Judiciário na discricionariedade administrativa no tocante a implementação de políticas públicas, pois que é competência do Poder Executivo implementá-las, condicionando-as aos recursos públicos mobilizados para esse efeito, no entanto, na ausência ou deficiência da oferta daquelas poderá o Judiciário intervir a fim de garantir direitos fundamentais insculpidos na Constituição, porém ainda sim será o Poder Executivo que deverá implementá-las, podendo o Poder Judiciário operar como “controle” da



efetivação dos Direitos Sociais. Desta forma a criatividade judiciária ainda que coopere com os demais Poderes, a independência deve ser preservada.

Não obstante a isso é importante salientar a *cautela jurisdicional* enfatizada por inúmeros mestres citados neste artigo, onde afirmam que o Judiciário deve desenvolver uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e preferir por não exercer o poder se necessário for, uma espécie de autolimitação espontânea, que de forma nenhuma diminuirá seu “Poder”, pelo contrário o elevará.

Há que se ressaltar neste íterim o orçamento público, pois este é o instrumento viabilizador na realização de serviços sociais. A função governamental planejadora e implementadora são decisivas para o pleno desenvolvimento das políticas públicas, a aplicação de recursos insuficientes levará a má prestação e/ou sua não execução, levando a intercorrências por este artigo debatido.

O Estado Democrático de Direito, constitui-se um complexo sistema de fontes que conformam o ordenamento jurídico, podendo preponderar princípios igualmente relevantes, de modo que possa melhor atender o interesse público. Assim a segunda consideração está relacionada aos Princípios, são eles que asseguram e resguardam direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e de toda coletividade. Em se tratando de colisão de princípios, aquele que vai resolver o conflito, deverá levar em conta o sopesamento dos princípios, isto é, quando houver dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, caberá uma análise minuciosa acerca da medida adequada, necessária e por fim se ela não foi desproporcional em relação ao fim a ser alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 10/10/2016.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.





BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? (tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo Judicial e concretização dos Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade Baiana de Direito.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Atlas, 2001. p. 16-20 e 46.

_____. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo. São Paulo: Malheiros, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno, de acordo com a EC 19/98**. 3ª ed. São Paulo, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010. p. 443-444.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

_____. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. (trad. Monica Baumgarten de Bolle). 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. (trad. Luiz Dórea Furquim). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos atos administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2001.

