

Recebimento do artigo: 03/09/2007

Aprovado em: 13/09/2007

Sérgio Resende de Barros

Sumário

1 Planejamento. 2 Dirigismo programático. 3 Programaticidade constitucional. 4 Tipos de políticas. 5 Prerrogativa indisponível. 6 Interesse público. 7 Elementos do ato administrativo. 8 Mérito administrativo. 9 Ideologia administrativa. 10 Um novo princípio. 11 Conceito de políticas públicas. 12 Reserva do possível. 13 Motivação. 14 Conclusão. 15 Referências.

Resumo

O texto examina a relevância das políticas e especialmente das políticas públicas para a realização e a proteção dos direitos fundamentais sociais. Indica que as premissas materiais das políticas públicas devem constar da Constituição. Analisa os parâmetros que devem nortear a ação do Judiciário com relação às políticas públicas, especialmente no que respeita ao exame do mérito do ato administrativo.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Políticas públicas. Programaticidade constitucional. Mérito do ato administrativo. Conceito de políticas públicas. Reserva do possível. Motivação das políticas públicas.

Abstract

The text analyses the relevance of policy , more specifically of public policies to the realization and the protection of social fundamental rights. It indicates which public policy must be part of the Constitution. It analyses the parameters which must guide the action of the Judiciary Power in relation to the public policies when examining the merit of the administrative act.

Key words

Fundamentals rights. Public politics. Constitutional programmability. Merit of administrative act. Politic public concept. Reservation of possibility. Politic public motivation.

28 **1 Planejamento**

O planejamento é o processo de produção de que o plano é o produto. O plano é um ato complexo resultante de um complexo de atos. São atos coordenados para um fim: estabelecer a política geral. “O plano é a expressão da política geral do Estado.”¹ Nessa política geral tem de encaixar-se as políticas públicas, devendo sempre ser mantida entre aquela e estas uma necessária congruência mútua.

O artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, erige o Estado em agente normativo e regulador da atividade econômica e, nesse sentido, determina-lhe três funções básicas, *fiscalizar*, *incentivar* e *planejar*, sendo o planejamento *determinante* para o setor público e *indicativo* para o setor privado. Por conseguinte, por força de sua Constituição jurídica, o Estado brasileiro tem a função-dever de planejar para si próprio e para a sociedade civil que o sustenta.

Na função de planejamento, o Estado submete a condições políticas e institucionais os cálculos econômicos e financeiros relativos a seus atos políticos e administrativos, endereçando-os para uma *possibilidade de execução* mediante uma adequação razoável e proporcional entre meios e fins. Essa função fica, assim, submetida à *razoabilidade* e à *proporcionalidade*, além de outros princípios superiores da administração pública, entre os quais a legalidade e a legitimidade, a eficiência e a eficácia.

Com esse endereçamento, o plano racionaliza e coordena, unifica e sistematiza a atuação do Estado, em função da política geral que estabelece. Mas a política e o plano gerais se desdobram em *diretrizes e programas*, que são *específicos* por setorização e *especiais* por valoração, dentre os quais hoje se destacam as *políticas públicas* como expressão do dirigismo programático.

2 Dirigismo programático

Assim específicas e especiais, as políticas públicas são desdobres de dirigismo programático inseridos no processo do planejamento geral. Específicos, porque se dirigem a um setor de atuação. Especiais, porque o dirigem em função de um valor superlativo.² Exatamente por dirigirem assim a vontade estatal, as políticas públicas

¹ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143.

² Chamo *valores superlativos* os valores notórios, cuja importância para o ser humano independe de comprovação. Por exemplo, a saúde, a educação, a cultura, o meio ambiente, a família etc.

devem estar de acordo com o ideário axiológico ou – como prefere Bercovici³ – com a ideologia constante ou dedutível da Constituição do Estado. Também é por isso que se demanda que a Constituição estabeleça as matérias fundamentais – *as premissas materiais* – das políticas públicas.

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, *não contemplando o não fazer*.⁴

Essa exigência de fixação constitucional é reproduzida por muitos autores. Entre eles, José Joaquim Gomes Canotilho, cuja tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra versou sobre “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, prestando um “contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”. Conforma-se com essa tese, em boa parte, o *normativismo revolucionário* implantado em 1976 na versão original da atual Constituição portuguesa, consubstanciado na possibilidade de construir um Estado socialista mediante um dirigismo constitucional radical, ou seja, dirigindo-se nesse sentido as normas da Constituição, para que elas dirijam nesse mesmo sentido toda a atuação do Estado.

Publicada, a tese teve ampla repercussão, inclusive no Brasil. Sobreveio a segunda edição. Mas, com surpreendente prefácio, em cuja conclusão – após declarar que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário” – Canotilho ressaltou que “alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional”, acrescentando que “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.⁵ As políticas públicas devem, pois, ser fixadas na Constituição.

³ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, op. cit., p. 145.

⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59. Grifo nosso. Esta autora é Procuradora Regional da República, reiteradamente citada pelo Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º. 410.715-5 – S.P. Julgado em 22/11/2005.

⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 2001. Prefácio, p. XIX s. Grifo do autor.

30 **3 Programaticidade constitucional**

Essa fixação constitucional se faz por normas programáticas. Caso se aplique a distinção das normas jurídicas em princípios e regras, nos termos doutrinados por Robert Alexy⁶ e Ronald Dworkin⁷, resulta mais adequado que as políticas públicas sejam objeto de *princípios constitucionais programáticos*, a serem detalhados por regras estabelecidas pela legislação infraconstitucional. Contudo, mesmo antes do seu regramento infraconstitucional, esses princípios programáticos – como toda norma programática – já são eficazes.

A teoria das normas programáticas, se não teve a intenção, teve o condão de esterilizar os direitos econômicos, sociais e culturais, por elas estatuídos na Constituição, retirando-lhes eficácia – jurídica e social – sob o argumento de que não são normas executáveis enquanto não forem objeto de regulamentação infraconstitucional que permita efetivá-las. Primeiramente, na Itália, as normas programáticas foram teorizadas por Vezio Crisafulli e outros, ao ensejo do debate sobre a efetivação da Constituição italiana de 1947, em que foram apresentadas como dispositivos sociais ou programas políticos revestidos de normatividade.

As idéias de Crisafulli tiveram enorme repercussão no Brasil, como se pode ler, por exemplo, no curso de Meirelles Teixeira.⁸ No entanto, “sua aplicação prática, tanto na Itália como no Brasil, foi decepcionante”, uma vez que “norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto, contrariando as intenções de seus divulgadores”. Desse modo, “toda norma incômoda passou a ser classificada como ‘programática’, bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição”.⁹ Mas hoje esse bloqueio está sendo rompido, em virtude da necessidade de proteger os direitos fundamentais e as políticas públicas neles assentadas.

Com efeito, é inconteste a doutrina de que as normas constitucionais programáticas, sobretudo se forem princípios, têm eficácia para: (1) *substancialmente*, revogar atos anteriores e fundar a inconstitucionalidade de atos posteriores que

⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83 s.

⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 16. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 22 s. Cf. tb. edição brasileira: **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 s.

⁸ Cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 295-362.

⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 111 s.

com elas colidirem; (2) *processualmente*, assegurar direito de ação e justificar decisões judiciais contra tais atos colidentes. Esses dois parâmetros um, substancial e o outro, processual – devem pautar a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas fixadas nos princípios constitucionais programáticos, os quais estabelecem direitos difusos, coletivos e categoriais, de teor econômico, social e cultural, que – por serem *direitos humanos fundamentais* – devem ser assegurados não só pelo Estado, mas também pela própria sociedade civil, ora ao todo social, ora àquelas categorias sociais necessitadas de especial proteção.

Frise-se: os direitos humanos fundamentais, especialmente os de teor econômico, social e cultural, porque incrementam e equalizam para todos os cidadãos as condições materiais mínimas de fruir os direitos individuais, devem ser assegurados também pela própria sociedade civil, o que faz – ao lado das políticas públicas determinadas pelo Estado – surgirem *políticas sociais civis*, que assim denomino, porque são levadas a efeito pela sociedade civil, no setor privado, por empreendimentos civis, para os quais o planejamento estatal é apenas indicativo, conforme dita o artigo 174 da Constituição, ainda que possam e devam contar com a colaboração do Estado, mas sem tolher a iniciativa e a ação da sociedade civil.

4 Tipos de políticas

Todas as políticas devem ter por norte os direitos humanos fundamentais, em suas sucessivas gerações. Com o escopo de implementá-los, convivem as *políticas sociais civis*, da sociedade civil ao lado do Estado, com as *políticas públicas*, que podem ser internas, do Estado em relação à ordenação e ao funcionamento de seus próprios órgãos e instituições, ditas *políticas institucionais*; ou ser externas, do Estado em relação à sociedade civil, as quais se desdobram em *políticas de Estado*, mais persistentes e consistentes, que passam *necessariamente* por sucessivos mandatos governamentais até sua completa execução; ou *políticas de governo*, que são previstas para execução por um governo, podendo *eventualmente* ultrapassar-lhe o mandato. Sejam voltadas para o todo, sejam para categorias parciais da sociedade civil, as políticas de Estado ou de governo são diretrizes setorizadas tematicamente – política de saúde, política de educação, política de transportes, política aeroviária, política agrária, política econômica, política ambiental etc.

Enfim, todas essas políticas podem ser federais, estaduais (ou distritais, se promovidas no âmbito ou pelo Governo do Distrito Federal) ou municipais. De todo modo, a principiar da Constituição Federal, mas declinando coerentemente pelas constituições estaduais e leis orgânicas dos municípios e do Distrito Federal, as políticas devem respeitar as repartições de competências fixadas no todo e nos níveis da ordem constitucional na qual estão fixadas.

32 **5 Prerrogativa indisponível**

Fixar na Constituição é importante porque gera – de imediato – uma *prerrogativa constitucional indisponível*, que permite ao Poder Judiciário determinar aos órgãos públicos a efetivação prática dos direitos econômicos, sociais e culturais (à saúde, à previdência social, à assistência social, à educação, à cultura, ao desporto etc.), bem como dos direitos coletivos e difusos (ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao silêncio noturno, à segurança pública etc.), *mesmo na ausência de política pública específica* que os abrigue. A implementação judicial dos direitos humanos fundamentais não requer que sejam eles previstos ou constantes de alguma política pública, já que – estando declarados na Constituição – constituem prerrogativa constitucional indisponível.

É o que bem afirma o Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715–5, de São Paulo, julgado em 22 de novembro de 2005. Referindo-se à educação infantil, ele sentencia: “*A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito do seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).*” (Grifos do autor).

Essa fixação na Constituição, capaz de gerar *prerrogativas constitucionais indisponíveis*, é o que vem ocorrendo cada vez mais, como recentemente sucedeu com o direito à moradia, introduzido entre os direitos sociais, no artigo 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Em verdade, as prerrogativas constitucionais indisponíveis correspondem ao interesse público primário.

6 Interesse público

Exatamente porque as políticas públicas atendem ao interesse público primário é que sua fixação não pode ser arbitrária, mas deve principiar na Constituição, sob pena de falhar o Estado Democrático de Direito, cujo governo e administração jamais – sob nenhuma alegação – podem escapar à missão constitucional que se lhes impõe como expressão do interesse público *primário*, a saber: promover a efetivação social dos direitos sociais primários – econômicos, sociais e culturais, bem como coletivos e difusos.

A enunciação desses direitos foi incrementada pela Constituição de 1988. Tem-se aí um *mínimo existencial* normativamente previsto. Mas a efetivação social desses direitos como mínimo existencial está intimamente ligada à sua *metamorfose programática* em políticas públicas, bem como à *metamorfose democrática* das políticas

públicas em programas de interesse público primário, sob pena de se tornarem meras plataformas eleitorais.

É imprescindível para estabelecer políticas públicas distinguir entre interesse público primário (da sociedade enquanto governada e administrada) e interesse público secundário (dos órgãos públicos enquanto pessoas jurídicas ou corporações), porque as políticas públicas devem – sempre – ligar-se ao interesse público primário e afastar-se do mero “interesse da administração enquanto sujeito jurídico”, que não é “senão um dos interesses secundários existentes no grupo social” e que “pode facilmente achar-se em conflito com o interesse público”, como bem discerniu Renato Alessi.¹⁰

Fora desse enquadramento, não há políticas públicas. Os atos administrativos ficam a atender desígnios dos governantes ou reivindicações dos governados de forma fundamentalmente dispersa, isto é, sem um fundamento comum e unificador, mesmo quando revistam alguma coerência esporádica e aleatória, mais de aparência que de essência. Tal dispersão da ação administrativa consiste e redundando em atos administrativos isolados, causando desarranjo administrativo. Essa situação difusa e confusa – a dispersão da ação administrativa por atos isolados – é o que existiu entre nós antes e mesmo depois do advento do *orçamento-programa*, na segunda metade do século XX, embora tenha sido por ele um pouco mitigada.

7 Elementos do ato administrativo

O isolamento dos atos administrativos entre si foi a condição histórica que propiciou a partição do ato administrativo em si. O ato foi decomposto em “elementos”. Por influxo do que se fez com o ato jurídico em geral, no artigo 82 do Código Civil de 1916, o ato administrativo foi conjugado com *requisitos* ou *elementos*¹¹ – diversos, dos quais os mais assiduamente apontados são a competência do agente e a oportunidade, a conveniência, a finalidade, a forma e o conteúdo (ou objeto) do ato. Mas também se apontam outros, como o motivo, a eficiência, a justiça. Basta folhear manuais e cursos de direito administrativo para verificar que não há unanimidade nem sistematização nesse arrolamento.

¹⁰ Cf. ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milão: Giuffrè, 1953. p. 152 s.

¹¹ “Quanto à denominação, alguns autores empregam o termo elementos. Outros adotam o vocábulo requisitos, por vezes repartindo-os em intrínsecos e extrínsecos. Outros optam pelo termo pressupostos; outros separam requisitos de pressupostos.” MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 152.

Note-se que a oportunidade e a conveniência não são “elementos” ou “requisitos” do ato administrativo em si mesmo, mas são condições decisivas para a sua legitimidade, pois exprimem a sua relação histórica com a ação administrativa que o pratica e o determina de fato, dando-lhe vida e acabamento¹². Essa determinação prática é, pois, *vital* para a boa concreção da administração. Por isso, essas condições históricas do ato (oportunidade e conveniência) são tão importantes quanto os elementos estruturais do ato em si (finalidade, forma, conteúdo). Em certos casos, são até mais importantes. Mesmo assim, a teoria tradicional – ignorando o momento histórico do ato administrativo – ignorou as condições históricas que o determinam em sua concreção, sobretudo no tocante aos *atos substanciais*, aqueles em que o gestor público presta à sociedade os serviços de que diretamente ela precisa, tais como saúde, educação, transportes etc. Consideram-se vinculados apenas os elementos estruturais e, como não poderia deixar de ser, mediante um regramento que, por mais constringente que pretenda ser, não pode ser senão abstrato e, portanto, aberto a alternativas de concreção, mesmo que sejam alternativas mais estreitas do que as pertinentes à oportunidade e à conveniência. Restaram como sendo atos administrativos totalmente vinculados, em sua grande maioria, *atos de burocracia*, internos ou externos, como nomeações, licenças etc.

8 Mérito administrativo

Assim se fez a separação entre aspectos discricionários e aspectos vinculados. Sobreveio a dicotomia radical entre, de um lado, poder e ato discricionário e, de outro lado, poder e ato vinculado. Essa doutrina foi influenciada pelo liberalismo não-intervencionista. Os dois elementos históricos, a oportunidade e a conveniência, são eminentemente práticos e, portanto, atuam diretamente na ordem econômica e na social, as quais devem escapar ao controle estatal, segundo apregoa a doutrina liberal. Ou seja: *laissez-faire, laissez-passer*. Daí, por que foram ideologicamente esterilizados e neutralizados sob o epíteto de *discricionários*, em contraposição aos outros elementos, ditos *vinculados*. Para esse fim – excluir o controle – é que se construiu no *juridicês* a dúctil diferença “técnica” (na verdade, um conveniente distanciamento) entre discricionário e arbitrário.

É curioso observar que essa diferença não existe na linguagem espontânea, em que a prática se reflete mais direta e autenticamente. Mas a sua invenção jurídica serviu para imunizar o administrador contra um controle mais efetivo de sua atuação

¹² Aqui o termo *acabamento* se emprega em seus dois sentidos, ao mesmo tempo: *conclusão* e *aperfeiçoamento*.

e, sobretudo, imunizá-lo contra o Poder Judiciário. Nesse sentido, por paralelismo com o mérito processual, criou-se o conceito de *mérito administrativo*, verdadeiro *prodigium mirabile*, que escuda a ilegalidade sob o teto da alegabilidade. Ou seja, sob a alegação de que “não há padrões de legalidade” para controlar. Leia-se um clássico daquela época:

Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque *não há padrões de legalidade para aferir essa atuação*. O que convém reter é que o *mérito administrativo* tem sentido próprio e diverso do *mérito processual* e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça.¹³

Hely Lopes Meirelles escreveu esse texto sob influxo da ideologia liberal, aqui traduzida por uma postura estritamente juspositivista e legalista. Não se lança dúvida sobre a moralidade desse íncito juiz e jurista, quando se sublinha sua afirmação de que nos atos ditos discricionários não há padrões de legalidade para aferir a atuação do administrador público. O que se põe em xeque é a velha doutrina do mérito administrativo, já gasta pelos abusos que nela se escudaram, ainda que nem todos a tenham aceitado. Essa recusa é atestada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Nem todos os autores brasileiros falam em *mérito* para designar os aspectos discricionários do ato. Os que o fazem foram influenciados pela doutrina italiana.”¹⁴ Na realidade histórica, porém, mais que doutrina italiana, o mérito administrativo foi uma construção ideológica.

O mérito administrativo foi idéia – em verdade, um produto ideológico – cujos produtores não tinham consciência de que a sua doutrina era, no âmago, uma forma de *laissez-faire*, *laissez-passer*, cujo efeito era excluir o controle do Estado sobre as relações e contratações entre seus agentes e os agentes da sociedade civil no mercado de obras e serviços, ou seja, uma forma de libertar da intervenção do Estado a própria ação Estado no mercado, em suma, uma forma de não-intervenção do Estado na ordem econômica e social, como apregoa a ideologia liberal.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 138. Grifei a sentença: *não há padrões de legalidade para aferir essa atuação*.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 210. Grifo da origem.

36 9 Ideologia administrativa

A ideologia é uma forma inconsciente. Decorre das condições histórico-sociais que condicionam o pensamento. Quem a pratica não tem consciência de que a faz. Ninguém pensa fora do mundo. Sempre se pensa sobre o mundo (a respeito dele), mas também sob o mundo (por influência dele). O pensamento é induzido das situações históricas, mas nessa indução é também por elas conduzido. Daí, por que o sujeito nem sempre alcança toda a realidade do mundo *em que* pensa, ou seja, do mundo *sobre o qual* mas também *dentro do qual* pensa. Muitas vezes, o fundo mais profundo – o fundamento mais determinante – do fenômeno não é atingido. Dessa forma se oculta e assim se falseia a realidade, cuja captação – limitada pelas condições históricas do sujeito, mas por ele ignoradas – resulta *parcial*, no duplo sentido do termo.

Inconscientemente, levado pelo processo que o conduz no estamento em que produz o seu pensamento, o autor não enxerga em integralidade a realidade de sua obra, mas a revela parcializada: oculta ou deformada em parte. O que resulta num processo de falseamento da realidade, que veio a ser dito *ideologia*, no sentido histórico-dialético do termo. Mas falseamento ideológico não é falsificação dolosa. Incidir em ideologia não é ser falsário. Há diferença específica entre ideologia e *engodo ideológico*: a ideologia é produto da inconsciência. É um processo que nasce da determinação da prática social pelas condições de existência dos homens em cujo cérebro se desenvolve. Mas é um processo subliminar – subconsciente ou inconsciente – ignorado por quem o pratica. Se não for assim, a ideologia finda¹⁵ e resta a farsa ideológica: o engodo consciente do engano que busca e impinge.

Não foi esse o caso da distinção entre a discricionariedade e a vinculação, opostas entre si e, ambas, opostas à arbitrariedade, para caracterizar o mérito administrativo. Embora resultante da ideologia liberal não-intervencionista, a teoria do mérito administrativo não foi um engodo. A pretensão foi assegurar a liberdade gerencial do administrador público. Mas o efeito logrado foi imunizá-lo contra um controle mais imparcial, a ser feito pelo Poder Judiciário, longe do *esprit de corps* em que se aninham os interesses secundários que habitam a administração pública como corporação.

¹⁵ Bem o definiu Engels: “Os homens, em cujo cérebro esse processo ideológico se desenrola, ignoram forçosamente que as condições materiais da vida humana são as que determinam, em última instância, a marcha desse processo, pois, se não o ignorassem, ter-se-ia acabado toda ideologia.” (ENGELS, Friedrich. Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1963, v. 3, p. 203.

Por seqüela, o arbítrio administrativo pôde esconder-se sob o manto da discricionariedade administrativa, amiúde amparada por sofisticada argumentação tecnocrática. Não raro em prejuízo dos que mais necessitam do atendimento ao interesse público primário. Resultado: obras e serviços públicos essenciais – vejam-se a assistência e a previdência sociais – ficam à deriva, ainda mais porque ficam à míngua de políticas públicas adequadas. Por isso, a anterior situação de imunidade “discricionária”, que resistiu ao orçamento-programa, agora tende a ceder diante de uma nova concepção da legalidade administrativa e das políticas públicas, as quais buscam – de modo especificamente setorizado e especialmente qualificado – efetivar na prática social os direitos econômicos, sociais, culturais, e os direitos e interesses difusos, previstos na Constituição de 88.

10 Um novo princípio

Hoje, “o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”¹⁶. Tem-se aí um *princípio geral* que supera em tese – por uma nova tese – a doutrina antiga de que o juiz não pode apreciar a conveniência e oportunidade do ato administrativo. Não bastasse isso, as *políticas públicas* – respaldadas na Constituição e nas leis – inviabilizam, de modo mais concreto, o argumento de que não há padrões de legalidade para aferir o “mérito” do ato “discricionário”.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.¹⁷

Não que haja sobrevivendo uma situação antípoda: a total ausência de liberdade. A absoluta vinculação seria a negação da essência da ação de administrar. As políticas públicas não negam a liberdade gerencial, reduzindo a administração a mero teatro de marionetes. O que negam é a ausência de controle judicial ou

¹⁶ Entre aspas, palavras textuais da Ementa relativa ao Acórdão que decidiu, nos termos do voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon, o Recurso Especial nº 493.811 – SP (2002/0169619-5), julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 11/11/2003. Na mesma data e no mesmo sentido – mas acrescentando, na Ementa, que “o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade” – há o acórdão relativo ao Recurso Especial nº 429.570 – GO (2002/0046110-8). Outros acórdãos sobrevieram com ementas igualmente negadoras da discricionariedade. Por exemplo, o relativo ao Recurso Especial nº 510.259 – SP (2003/0017033-9), julgado em 24/8/2005.

¹⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público, op. cit, p. 95.

38 extrajudicial sob alegação de não haver padrões de legalidade para controlar. *Sempre há padrões de legalidade*. O orçamento-programa é lei que irradia sua coatividade sobre toda a atividade do Estado, alcançando inegavelmente as políticas públicas, mesmo se não formalizadas por leis específicas. Ademais, convém insistir, no Brasil as políticas públicas têm suas premissas materiais fixadas na própria Constituição, na forma de direitos sociais – categoriais, coletivos, difusos –, cuja implementação é imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Mas, uma tal importância leva a indagar: o que são políticas públicas?

11 Conceito de políticas públicas

Rodolfo de Camargo Mancuso identifica políticas públicas com condutas administrativas. Define: “a política pública pode ser considerada como *a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados*”.¹⁸ Outros identificam diretamente políticas públicas com programas de governo. É o que se infere da seguinte afirmação de Fábio Comparato: “o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou *programas* de ação governamental.”¹⁹ Também é o que se lê em Maria Paula Dallari Bucci, cuja definição é mais completa por deixar explícita a co-participação da sociedade civil: “Políticas públicas são *programas* de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”²⁰

De minha parte, acentuo que as políticas públicas são *diretrizes* de programas e de condutas, sem excluir delas os programas e as condutas por elas dirigidos. Conceituo: *políticas públicas são diretrizes de interesse público primário determinando programas de ação para os governantes e indicando linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins econômicos, sociais e culturais relevantes para o Estado Democrático de Direito*.

Nessa definição, note-se bem, o planejamento consistente nas políticas públicas atende ao dispositivo constitucional (art. 174, Constituição Federal): é *determinante*

¹⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 730. Grifo nosso.

¹⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. RT 737/15-17, mar. 1997. Grifo nosso.

²⁰ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241. Grifo nosso.

para o setor público, ou seja, para todo o Estado, e *indicativo* para o setor privado, ou seja, para a sociedade civil.

Dado que elas instruem programas governamentais, quem fixa as políticas públicas é o Governo, ou o Poder Público, assim entendido o Poder Executivo como gestor maior dos negócios públicos. Aqui, convém lembrar que satisfazer plataforma política do governante nem sempre é atender ao interesse público norteadado pelo bem comum. Por isso, nunca é demais insistir que em um autêntico Estado Democrático de Direito as políticas públicas devem principiar na Constituição. Porém, mais que isso, a concretização das políticas públicas como democracia substancial requer da Constituição estabelecer formas de participação direta da sociedade civil no seu processo de elaboração e execução, tais como audiências públicas, orçamento-participativo, conselhos administrativos paritários de agentes públicos e agentes civis etc., além do plebiscito, referendo, iniciativa popular, veto popular, *recall* e outros institutos e parâmetros que já existem ou devem ser introduzidos no texto constitucional.

Todavia, além dos parâmetros já acima vistos, há outros que devem pautar a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, nos casos em que for solicitado, em face de omissões ou desvios de outros Poderes. O mais relevante diz respeito à possibilidade econômica de o Estado prestar os direitos sociais, o que leva à questão da reserva do possível.

12 Reserva do possível

Os direitos sociais, em sua maioria, são *prestacionais*: exigem a intervenção do Poder Público na ordem econômica, social, cultural, para prestar serviços ou auxílios, em busca da *igualdade real*, bem enunciada por Rui Barbosa no discurso aos formandos da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1923. Então, já desiludido pela impossibilidade de vencer o coronelismo, Rui disse: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.” Aí “é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. E arrematou: “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.²¹ Mas essa intervenção do Estado para superar pelos direitos sociais as desigualdades reais tem custo econômico-financeiro. A íntima relação entre políticas públicas e direitos sociais condiciona a atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária. Dessa forma, as políticas públicas e os direitos sociais que elas abrigam têm uma dimensão – um peso – economicamente importante para o Estado.

²¹ Cf. BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 18 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 55.

40 Igual peso econômico não ocorre com os direitos individuais, cuja proteção jurídica pode ser assegurada sem maior dispêndio econômico pelo Estado. Há gasto público com recursos materiais e humanos para prover à garantia judicial dos direitos individuais. Mas esse gasto difere qualitativa e quantitativamente do dispêndio estatal com as políticas públicas, o qual – pelo seu montante – limita a prestação dos direitos sociais, mormente em países subdesenvolvidos.

De fato, uma vez que a efetivação dos direitos sociais tem caráter prestacional, o gasto público é *conditio sine qua non* da eficácia das políticas públicas. A efetividade das políticas públicas sempre depende da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão o Estado; mesmo quando o Judiciário impõe ao Poder Público a satisfação de prestações reclamadas em juízo. Aqui se apresenta a questão da *reserva do possível*.

Esse limite fático precisa ser ponderado. Não se pode obrigar a administração pública a fazer o que lhe seja impossível. Mas o juiz deve verificar acuradamente e ponderar criteriosamente essa impossibilidade. Por exemplo, é inadmissível o desvio de recursos públicos para políticas de governo que sejam plataformas de evidente ou sub-reptício fim eleitoral, em prejuízo da execução das políticas públicas de real interesse coletivo. Essa e outras distorções impõem uma conclusão: não se deve aceitar afoitamente a exceção dita “reserva do possível”, relativa à possibilidade econômica do Poder Público.

Essa condição econômica repercute no campo processual, no quanto privilegia as ações individuais em relação às coletivas, visto que a possibilidade econômica de o Estado prestar um direito social a um cidadão singularmente considerado é maior do que a de garanti-lo de forma geral, para todos, difusamente. Isso ocorre independentemente de ser o direito social contemplado ou não em alguma política pública.

Dessarte, importantes institutos, como a ação civil pública, podem esbarrar na alegação de reserva do possível, como quase sempre esbarram, já que é freqüentemente argüida pelo Estado. Anote-se, porém, a doutrina: “O princípio da reserva do possível, por si só, não pode ser utilizado como argumento para se afastar qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais e econômicos.”²²

A doutrina reforça-se com a jurisprudência. Leia-se o que diz o Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário 431.773/SP, citado pelo Ministro Celso de

²² PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005, p. 209.

Mello: “O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, *não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.*”²³

Em suma: a alegação de reserva do possível deve ser um ato suficientemente motivado e justificado. Em qualquer ação em que seja alegada. Há ações especiais idôneas para garantir políticas públicas: ação direta de inconstitucionalidade, sobretudo por omissão; ação declaratória de inconstitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação civil pública; ação popular e outras. Mas não se devem desprezar ações como o mandado de segurança individual ou coletivo e o mandado de injunção. A própria ação ordinária se presta a implementar políticas públicas, sobretudo em casos individuais, inclusive com pedido de antecipação de tutela. No entanto, em todas essas ações, não basta ao Estado argüir a reserva do possível: deve provar a impossibilidade. Deve motivar o seu ato.

13 Motivação

Surge aqui outro parâmetro: a motivação. A vigente Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, insere a motivação entre os princípios da Administração Pública. Mas, mesmo nos Estados em que esteja ausente do direito positivado, a motivação – porque esclarece os demais requisitos – é exigência aplicável ao ato administrativo em qualquer caso de dúvida sobre as intenções ou omissões do gestor público. Pelo que, o juiz não só pode apreciar os motivos, mas até deve ordenar que o administrador público proceda à motivação do seu ato, se ainda não a fez, sob pena de vê-lo anulado pelo Judiciário por ausência de motivos.

Em suma, constitui indeclinável *poder-dever* do juiz sindicarem os motivos determinantes dos atos administrativos, inclusive das omissões, na prestação individual ou coletiva dos direitos sociais, sobretudo quando consubstanciem a formulação e a execução dos programas governamentais instruídos pelas políticas públicas.

14 Conclusão

Esses são alguns parâmetros que podem e devem pautar a atuação do Judiciário em relação às políticas públicas, fugindo à tradicional alegação de que não é dado

²³ Cf. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 – S P. Julgado em 22/11/2005. Grifo nosso.

42 ao juiz entrar no mérito do ato administrativo. O juiz deve indagar do verdadeiro mérito e afastar qualquer liberdade administrativa que fuja ao interesse público primário.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.²⁴

Essa atuação do Poder Judiciário se faz cada dia mais necessária, à vista da crescente complexidade técnica e operacional das políticas públicas, agravada pelos conflitos de interesses nelas envolvidos. Esses conflitos podem redundar em desvios, possibilidade essa que por si só justifica a atuação do Judiciário na ponderação dos interesses em colisão, sobretudo distinguindo o interesse público primário do mero interesse de governo, a fim de assegurar a realização dos direitos sociais abrigados na Constituição e detalhados nas políticas públicas, sob pena de – tolhido pelo legalismo – o Estado Democrático de Direito não passar de um mito eleitoral: ser mais um mero Estado de Legalidade do que um verdadeiro Estado de Direito.

15 Referências

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milão: Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

²⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, op. cit., p. 97.

_____. **Taking rights seriously**. 16. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. Rio de Janeiro: Vitória, 1963. 3. v.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho.

MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.