

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A DISCRICIONARIEDADE DOS AGENTES POLÍTICOS E OS AGENTES DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Public Administration - The politic agents' discretion and the public policies actors towards social fundamental rights effectiveness

Rogério Luiz Nery da Silva¹

Darléa Carine Palma²

Resumo: O presente trabalho é fruto da pesquisa em direitos sociais, sua efetividade e sua inter-relação necessária e inarredável no contexto da atuação da Administração Pública como atora de políticas públicas, conforme projetos de pesquisa e planos de ação do programa de pós-graduação em direitos fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), na linha de pesquisa em direitos sociais, a qual se veem filiados seus autores. Nesse contexto, portanto, registram que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao reconhecer o rol dos direitos fundamentais civis e sociais, finda por assegurar de modo reflexo aos cidadãos a perspectiva de atendimento por uma variedade de políticas públicas sociais, que, em geral, sofrem certa vinculação à disponibilidade de recursos, decorrente das políticas econômicas que se mostrem aptas a assegurar o cumprimento das primeiras a cada cidadão, em todas as esferas federativas. O planejamento da aplicação e efetivo desembolso desses recursos historicamente passa predominantemente pela atuação dos agentes públicos, notadamente – como espécie desse gênero, os agentes políticos. Daí, a imperiosa necessidade de verificar em que grau a discricionariedade administrativa e o grau de vinculação à legalidade com que ela própria é aplicada ou exercida, já que tem têm papel decisivo na efetivação das políticas públicas sociais, assim como se dá com o cidadão que chama para si a responsabilidade de ator de política pública.

Palavras-chave: administração pública; direitos fundamentais sociais; efetividade; agentes políticos; atores de políticas; políticas públicas.

Abstract: This essay is a result of the research about social rights, their effectiveness and their necessary interrelationship and unswerving of the public administration and the science of public policies, as research projects and action plans of the LLM Program on Fundamental Rights at the University of the West of Santa Catarina (UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina) in the research board for social rights, to which the authors are affiliated. In this context, therefore, by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, when it recognizes the role of fundamental civil and social rights, takes everyone to the reflection that ensures citizens the prospect of getting a large variety of social protection and care policies, which generally are submitted to some binding to the availability of financial resources, resulting in economic policies that may be able to enforce every citizen in all the federal spheres. The planning application and disbursement of these funds historically passes

¹ **Rogério Luiz Nery da Silva** é professor pós-doutor em Direito Constitucional pela New York Fordham University (EUA), Doutor em Direito Público (Direitos Fundamentais e Novos Direitos) e Mestre em Direito e Economia. Professor-doutor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito e pesquisador líder de grupo em Direitos Fundamentais Sociais na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

² **Darléa Carine Palma** é especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Professora no Curso de Direito e pesquisadora docente da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Advogada.

predominantly through the action of public official agents especially – as a species of this genus, politicians. Hence, the urgent necessity of establishing the extent to administrative discretion and the level of binding to the legality with which it is applied or exercised, considering it has a decisive role for the effectiveness of public social policies, as well as it happens to the citizen that takes to himself the duty of public policy actor.

Keywords: public administration; social fundamental rights; effectiveness; politics agents; policies actors; public policies.

1 Prestações sociais e seus atores

As prestações sociais decorrentes das previsões constitucionais dependem e reclamam melhor e maior detalhamento, por meio da legislação infraconstitucional e de atos administrativos normativos ou de caráter tecnicamente regulador de modo a terem seu aspecto prestacional executivo definido com exatidão. Como é cediço, esses créditos prestacionais existentes em favor dos cidadãos têm especial significação, já que representam direito de acesso a determinados serviços públicos que devem estar oferecidos ou disponibilizados à coletividade ou, em casos específicos, aos indivíduos, nessa condição singular.

Quanto à forma de disponibilização, esta pode se dar de forma direta ou indireta, quando a normatização da prestação dos serviços definir pela prática de ações e execução de atividades direta e exclusivamente pelo Poder Público, seus entes ou órgãos desconcentrados, hipótese dos chamados serviços públicos próprios. De outra sorte, há prestações sociais que podem ter sua execução por meio de atividade administrativa descentralizadora, segundo três modais distintos:

A um, pela atuação por parte da administração pública indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista), mediante a “descentralização legal”, já que direcionada às entidades para-estatais, criadas por lei ou mediante autorização legislativa para a denominada administração indireta; anote-se que, entretanto, às autarquias são destinadas, por sua própria natureza e concepção, atividades próprias do poder público, daí, não ser técnico atribuir-lhes a noção pura de descentralização, segundo entendimento mais conservador.

A dois, por via de descentralização contratual, para o chamado 2º setor, composto pelos concessionários e permissionários de serviços públicos, ou ainda mediante descentralização a termo, para as pessoas autorizatárias de prestação de determinado serviço público. No universo do segundo setor, portanto, a matiz de diferenciação estará no grau de permanência ou precariedade da delegação, da abrangência do serviço e do tipo de delegatários (pessoas jurídicas, pessoas físicas, ambas).

A três, a delegação dita “social” ou “por reconhecimento” que se opera no chamado terceiro setor, composto por uma diversidade de entidades de direito privado, tais como as componentes do Sistema “S”, que são os Serviços Sociais Autônomos; as do Sistema “OS”, Organizações Sociais (mediante o chamado Contrato de Gestão – Lei nº 9.637/98) e as “OSCIP” (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (mediante o denominado Termo de Parceria – Lei nº 9.790/99 e Dec. nº 3.100/99), que pode decorrer do Reconhecimento da entidade com dotada de Interesse Público Social). Assim, pode-se ter a atuação de atores variados no palco de implementação das políticas públicas, desde a participação exclusiva dos entes públicos, isoladamente – desconcentrados, em seus órgãos de execução direta ou, ainda, mediante a constituição de consórcios públicos entre dois ou mais deles (Lei nº 11.107/2005) à atuação de entidades privadas, com (2º setor) e sem (3º setor) fins lucrativos, devendo, em todos os casos, o Estado dispor sobre sua regulamentação, fiscalização, controle e realimentação da cadeia prestacional.

Entretanto, não é só pela previsão normativa que se logra êxito na prestação dos serviços públicos e a efetivação de direitos dos cidadãos, mas, sobretudo pela eficácia e efetividade das ações governamentais que tal desiderato será alcançado. Diversos fatores (externos ou internos), inerentes à atividade governamental, podem influir no resultado das tantas políticas públicas de saúde, educação, cultura, meio ambiente, entre outras. Muitas vezes, previsões engenhosas – originalmente bem planejadas e tendentes ao sucesso – sequer conseguem transitar da prancheta para a realidade; outras, ainda que o façam, não apresentam qualquer resultado útil.

Percebe-se, mesmo em uma análise superficial, que, por mais que exista a previsão de políticas destinadas a assegurar direitos, de forma difusa ou coletiva, para determinado seguimento (social, cultural, étnico ou econômico), sua execução sempre depende da participação estatal, de forma mais ou menos central, o que pode tornar mais difícil a sua concretização.

Nesse contexto, os agentes políticos possuem participação decisiva e fundamental, porquanto gestores dos recursos hábeis a viabilizar as atividades previstas. Desde o planejamento à execução das políticas públicas, por meio de planos de gestão governamental, passando pelos programas gerais e setoriais, até alcançar os projetos executivos e as ações de campo a serem desenvolvidas, tudo tem um grau de dependência maior ou menor da atividade governamental, de modo que, por mais que se alardeie a redução do tamanho do Estado, pelas correntes do chamado “Estado Mínimo”, na prática, mesmo no contexto das delegações mencionadas, muito pouco se pode encaminhar sem que se identifique uma sensível

dependência, ao menos, de certa co-participação estatal, muito especialmente, porque este detém o poder decisório acerca da destinação dos recursos públicos e se faz representado pelo Estado-administração, que, em última análise, se traduz na ação de suas pessoas (entes ou entidades), agentes, órgãos, todos embalados pela previsão de variados graus de espectro decisório, qualificado pela mensuração da conveniência da prática de cada ato administrativo e da exata oportunidade com que isso deva se operar, vale dizer, por quanto tempo e com que intensidade. Estamos a falar do que se convencionou denominar “discrecionabilidade administrativa”.

Nesses termos operativos este “Estado”, se firma sobre os agentes públicos o maior potencial decisório e avaliador das balizas da ação discricionária. Daí, mostrar-se fundamental conhecer o papel de tais agentes no contexto da implementação de políticas públicas, a partir da análise do texto constitucional e da legislação correlata aplicável, tomando-se por referência a necessidade de identificação dos fatores determinantes da atuação dos agentes públicos (políticos, administrativos e colaboradores), cada um, a seu turno, exercendo maior ou menor *gap* de poder decisório, como êmbolos dinâmicos e variados de um imenso motor da atividade administrativa.

2 Políticas Públicas

O discurso sobre políticas públicas, em sua ótica atual, é inafastável da associação com o Estado de bem-estar social (*Welfare State*), dado o caráter dirigente e prestacional que caracterizam dita preleção e o referido modelo estatal. Da mesma forma, agrega-se o tema à dignidade da pessoa humana, às teorias dos direitos fundamentais e à principiologia atrelada aos direitos sociais. A par dessas considerações, imprescindível se faz conceder um viés semântico ao tema, através das definições e dos referenciais teóricos aplicáveis.

As políticas públicas foram alvo de uma necessária caracterização com o passar do tempo, na história moderna. Partindo de uma concepção mais universalista para um enfoque mais específico aos menos “favorecidos”, muito se conectou o tema à diminuição das desigualdades sociais e ao fomento do crescimento econômico, a fim de que fossem cumpridas as determinações normativas.

Pode-se, nesse sentido, trazer à análise a conceituação de Dworkin (1989, p. 72, *apud* VICTOR, 2011, p. 17), que define políticas públicas (*policies*) como “padrões de conduta que propõem objetivos a serem alcançados, normalmente melhorias em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. O conceito de políticas públicas identifica um conjunto de

intervenções e ações do Estado passíveis de impactar as relações sociais, em âmbito educacional, de saúde, transporte, habitação, assistência social etc.

No atual plano democrático constitucionalizado, porém, as políticas públicas também podem ser vistas, sob a ótica dos cidadãos, como direitos subjetivos, sob a forma de exigências à efetivação dos direitos fundamentais constitucionalizados. Assim, além da concepção mais estanque, refletindo atividades isoladas do Estado com o escopo de efetivação dos direitos e do Estado Democrático de Direito, há proposta de conceito mais concreta, em que o cidadão não é simplesmente o destinatário das políticas públicas e, sim, “o principal ator de sua criação e implementação” (PENNA, 2011, p. 212).

De qualquer forma, não se pode olvidar que a definição de políticas públicas possui estreito vínculo com o que se denomina de *direitos fundamentais prestacionais*. Equivaleria dizer que, enquanto os direitos individuais consubstanciam-se nas liberdades, os direitos sociais, por sua vez, vinculam-se a prestações. Isso porque o adimplemento dos chamados direitos de “segunda dimensão” (quais sejam, os direitos econômicos, sociais e culturais) impõe, ao Poder Público, a efetivação de prestações positivas, sejam elas de cunho individual ou coletivo – até porque a abstração interpretativa do rol dos direitos fundamentais permite (e exige) integração e implementação.

Alexy (2008) registra que o rol de direitos fundamentais nas constituições costuma regular de modo excessivamente aberto e controverso a questão acerca da estrutura normativa mínima do Estado e da sociedade, para ele liberdade, dignidade e igualdade são valores que detêm fundamentalidade em si próprios; esses conceitos e os conceitos relativos ao Estado de Direito, Estado Social, fins do Estado e sua estrutura, permitem identificar a existência de um sistema conceitual capaz de delinear os conceitos do direito racional moderno, associando-os ao Princípio do Estado Social, ícone das bandeiras e pleitos dos movimentos sociais do século XX.

Com o advento da normatização fundamental abstrata, passaram as políticas públicas ser identificadas como a possibilidade de atuação de qualquer cidadão na implantação e execução dos direitos fundamentalizados, a caracterizar cada cidadão como sujeitos ativos na efetivação das políticas públicas. De fato, parece inconcebível que se aceite, na contemporaneidade, o cidadão como um mero objeto passivo das ações do Estado, impondo-se a necessidade do estudo de medidas capazes de promover reformas estruturais, a partir da atividade proativa do povo, uma vez que os governantes não raras vezes, deixam de agir na proporção esperada pelos que os elegeram.

Penna (2011, p. 20) registra, no seu entender, a tomada de consciência pela inexistência de um governante “super-herói”, incomumente probo, de moral diferenciada, idealista, dotado de sabedoria ou até populista, que fosse capaz de isoladamente, com apoio no decidir solitária, lograr adotar medidas que refletissem decisões sempre corretas, capazes de resolver todos os problemas de seu grupo social apenas “mediante a materialização das políticas públicas voltadas para os ideais democráticos e compatíveis com os paradigmas do Estado Democrático de Direito”.

Continua o doutrinador fundamentando que, ante a frustração com as políticas incompatíveis com a afirmação democrática constitucionalizada, os cidadãos têm verificado que não basta o exercício do voto e a simples escolha de seus representantes, sem uma efetiva fiscalização das ações do governo, para garantir sejam implementadas as políticas que, de fato, signifiquem a realização concreta dos direitos consignados na Constituição (PENNA, 2011).

O farto rol de direitos fundamentais presentes no texto constitucional elevado número de políticas públicas (em *numerus apertus*), cujos temas de destaque podem ser citados como: saúde pública; educação pública; habitação (moradia); família, criança, adolescente e idoso; probidade e eficiência na Administração Pública; relações de consumo; meio ambiente; segurança pública; propriedade fundiária e reforma agrária; fomento ao desporto; pleno emprego; política fiscal; eliminação das desigualdades regionais; patrimônio cultural; política urbana e plano diretor; assistência social; proteção aos portadores de necessidades especiais; seguridade e previdência social; patrimônio genético; minorias étnicas; política indigenista; e recursos hídricos³. Também a legislação infraconstitucional busca complementar diversos temas carecem de maior suporte normativo ou regulamentar.⁴

No contexto jurídico-político, muitas das políticas públicas a serem implementadas no Brasil por seu amparo constitucional, têm na Constituição da República elencados, inclusive, os mecanismos de atuação estatal para a efetivação de tais políticas, estatuindo normas, regras e diretrizes a serem empregadas na sua efetivação. Torna-se, igualmente, de suma importância

³ Os temas acima elencados encontram-se disciplinados em sede constitucional, exemplificativamente, nos seguintes dispositivos: art. 3º, III; art. 5º; art. 7º, I; art. 21, XIX; art. 23, IX; art. 24, XIV; art. 37, *caput*; art. 104, parágrafo único e incisos; art. 129, V; art. 144; art. 170, III, V, VI, VII, VIII; art. 182; art. 187, § 2º; arts. 196 a 200; art. 201; art. 203; art. 205; art. 208 e incisos; art. 212; art. 214; art. 216, V e § 1º; art. 217, incisos e § 2º; art. 225, incisos e § 3º; art. 226; e art. 232.

⁴ Ainda, são encontrados na seguinte legislação infraconstitucional: Lei n. 6.766/79, art. 4º e § 1º; Lei n. 6.938/81, art. 2º, II, e art. 14; Lei n. 7.347/85, art. 1º, V; Lei n. 7.853/89; Lei n. 8.069/90, art. 201, VIII; Lei n. 8.078/90, art. 4º e incisos; Lei n. 8.080/90, arts. 2º, 3º e 6º; Decreto n. 591/92; Lei n. 8.629/93; LC 75/93, art. 6º, VII, “c”, e XIV, “c”; Lei n. 8.742/93; Lei n. 8.974/95, art. 13, § 6º; Lei n. 9.394/96; lei n. 9.433/97; e Lei n. 9.605/98, arts. 62 a 65.

referir a aplicação de princípios no que tange ao procedimento das políticas públicas. Existem princípios previstos de forma explícita, tais como aqueles que norteiam a Administração Pública e estão elencados no artigo 37 da Constituição da República. Outros, porém, decorrem de construção doutrinária, da interpretação legal e jurisprudencial, possuindo, igualmente, um grande papel hermenêutico na atividade dos agentes políticos e, inclusive, na implantação das políticas públicas.

O texto constitucional vigente trouxe no seu corpo uma série de assentamentos que, não obstante as transformações sociais e legais ocorridas no país desde 1988, devem ser seguidos pelos agentes públicos, de modo geral. Como sendo de suma importância, pode-se referir o princípio da legalidade, que, inerente ao Estado de Direito, atrela-se aos demais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição, norteando todas as atividades administrativas, quais sejam, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No processo de elaboração e execução de políticas públicas, assim, não pode o agente desviar-se de tais premissas, até porque a atuação durante todo o processo é passível de controle, seja social, judicial, legislativo ou administrativo. Cumpre referir, nesse campo, a clássica concepção de Alexy (2008, 85 et seq) segundo a qual as normas jurídicas podem ser divididas entre regras e princípios, sendo ambos os institutos diferenciados não pelo grau de importância ou de abstração, mas pelo aspecto estrutural. Sob esse ponto de vista, as regras prescreveriam “deveres definitivos”, enquanto os princípios seriam “mandamentos de otimização”. Ou seja, no caso de conflitos de regras, seriam impostos para solução os critérios de cronologia (*lex posterior derogat priori*), especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*), e em caso de colisão entre princípios com regras ou outros princípios, far-se-ia uma interpretação com sopesamento dos princípios envolvidos.

3. Agentes políticos

Desde a formulação até a efetiva implantação das políticas públicas, fazem-se presentes processos, atores e papéis específicos a serem exercidos. As políticas públicas necessitam, assim, de instrumentos humanos, de agentes aptos a elaborá-las e concretizá-las.

Considerando-se que são comumente relacionadas à coordenação dos meios à disposição do Estado para harmonizar as atividades com vistas à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, vincula-se o estudo das políticas públicas com o Direito Administrativo, já que este é o ramo do Direito que se ocupa do estudo

da instituição estatal na sua seara executiva. Por conseguinte, atrela-se o estudo das políticas públicas com os administradores estatais (ou governantes, por assim dizer).

Nesse contexto, situam-se os indivíduos, grupos ou organizações que desempenham algum papel do processo de políticas públicas, os quais são denominados *atores*. Os atores relevantes em um processo de política pública são aqueles capazes de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo e os resultados da política pública; em meio a esses, figuram os atores governamentais, patamar em que se situam os agentes públicos.

A Administração Pública desempenha suas funções (governo) por intermédio da atuação de agentes públicos. A expressão “agente público”, assim, seria o gênero, a abarcar qualquer pessoa física que preste um serviço ao Estado, sob as mais diversas formas de relação (estatutária ou contratual, por exemplo).

Definindo-se agentes públicos como sendo um gênero, pode-se encontrar, como espécie, a categoria dos agentes políticos, em paralelo com os servidores públicos *lato sensu* (estatutários, empregados públicos e servidores temporários) e os particulares em colaboração com o poder público, entre outros, dependendo da classificação doutrinária a ser adotada. Os agentes políticos são aqueles que possuem funções de direção e de orientação, de exercício geralmente transitório. Sua investidura dá-se, por via de regra, por meio de eleição, originando-lhes um mandato (caracterizando-se, este, pela transitoriedade do exercício das funções).

Os agentes políticos não se sujeitam ao regramento ordinário aplicável aos servidores públicos em geral, sendo-lhes sobrepostas as regras insculpidas na Constituição, especialmente no que tange às prerrogativas e responsabilidade política. Outro aspecto perceptível é, pois, que os agentes públicos exercem funções políticas como representantes da vontade da coletividade, desenvolvendo atividades de definição das diretrizes e dos planos governamentais. Pode-se, assim, resumir, grosso modo, que os agentes públicos são aqueles que se caracterizam pelos fatores “eleição” e “nomeação”.⁵

Ao mesmo tempo em que possuem a autoridade característica de um cargo público, os agentes políticos são representantes do povo, constituindo-se nos legítimos emissores dos

⁵ Importante frisar que parte da doutrina administrativa enquadra na espécie de agente político todos aqueles que possuem atribuições decorrentes diretamente da própria Constituição. Assim, além dos agentes que exercem função eminentemente política, seriam agentes políticos, ainda, os membros da magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e outras autoridades que atuem com independência funcional no exercício de atribuições governamentais, ainda que estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário. Precipuamente, seriam agentes políticos, segundo essa ampla classificação, aqueles cuja remuneração se dá pelo regime de subsídio. Para os fins do presente estudo, porém, será adotada a definição mais restritiva, considerando-se agentes políticos aqueles caracterizados por exercerem funções políticas como representantes da vontade da coletividade.

interesses da coletividade. Assim, possuem participação significativa no processo de elaboração e implantação das políticas públicas. A discricionariedade na atuação dos agentes políticos merece especial atenção, tanto o é que a afirmação de um estado democrático de direito e a normatização vinculada à atividade administrativa impõem a existência de um instituto jurídico destinado a formalizar e adequar a autonomia do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade, o que corresponderia à discricionariedade administrativa.

Percebe-se, portanto, que a doutrina, aliada às concepções legais e constitucionais, elenca a discricionariedade como ponto relevante para o equilíbrio entre a segurança jurídica e a necessária adequação às novas metas e prioridades atinentes às atividades da Administração Pública, objetivando a construção do necessário equilíbrio. A necessidade dessa ponderação é vista, sobremaneira, na implantação das políticas públicas pelos agentes públicos, especialmente no agir dos agentes políticos. Desse modo, a discricionariedade apresenta-se não como um poder abstrato concedido ao agente pelo ordenamento jurídico, mas como condição conferida a este agente para que, no exercício de suas funções, tome a decisão mais adequada ao caso concreto e conduza, de forma mais apropriada, a formulação, o acompanhamento e a avaliação das políticas públicas.

O Poder Público é encarregado de dar cumprimento a um grande elenco políticas públicas. Para tanto, é natural que os agentes políticos (detentores de uma grande esfera de poder) utilizem-se da discricionariedade que lhes é oportunizada pelo ordenamento jurídico. Entretanto, torna-se imprescindível a percepção dos tênues limites existentes entre a correta utilização da discricionariedade e os desvios decorrentes de seu mau uso. Por óbvio, a legalidade deve nortear o agir dos agentes públicos como um todo (considerando-se, aqui, o fato de que a discricionariedade também possui uma margem sob pena de ofensa à legalidade), sendo que a ofensa à legalidade – *lato sensu* – importa em reprimenda às atividades do agente.

Nesse viés, não se pode olvidar a possibilidade de aplicação das disposições contidas na Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa) para a má condução dos processos de implementação de políticas públicas, bem como de outras penalidades previstas no ordenamento jurídico e da judicialização de tais celeumas. De se anotar que se as próprias políticas públicas são suscetíveis de sindicância, também o devem ser as condutas dos agentes que escolhem e aplicam tais políticas, ainda que sob o pálio da discricionariedade.

A Lei nº. 8.429/92, por exemplo, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou

função na administração pública direta, indireta ou fundacional, não afasta a possibilidade de aplicação de penalidade para decisões baseadas na discricionariedade administrativa, tanto pelo próprio agente responsável por atos de enriquecimento ilícito, de prejuízo ao erário e que atentem contra os princípios da Administração Pública, quanto por seu(s) sucessor(es), até o limite do valor da herança.

As grandes demandas por prestações públicas, inclusive com participação popular na escolha das políticas públicas a serem implementadas, impõem a tomada de decisões suscetíveis, cada vez mais, de controle social. Assim, tomando-se por base o fato de que a Administração deve agir conforme o que estabelece a legislação (ao contrário da esfera privada, em que se pode praticar tudo o que a lei não proíbe) sob pena de nulidade dos atos realizados, torna-se muito importante a observação da margem de liberdade que permeiam algumas decisões (atos discricionários).

Explícita é a importância da atuação dos agentes políticos, com papéis decisórios, desde a formulação (análise e discussão) até a efetiva implementação e efetivação das políticas públicas. Em tais decisões, pode o agente utilizar-se da margem de deliberação que lhe é legalmente conferida – entrando em cena, nesse ponto, o aspecto da discricionariedade.

O paradigma do Estado Democrático e o exercício das funções de governo não se contentam com o cumprimento de instrumentos preconcebidos. Exige-se a implementação de direitos, decorrentes dos princípios fundamentais. O agir dos agentes políticos, nesse sentido, pode ser equacionado, de forma que bem se cumpra a representação do povo, com a utilização de atos discricionários e vinculados.⁶

Vê-se, portanto, a importância dos agentes políticos inclusive em tempos de democracia participativa, já que, não obstante tal instituto se configure quando o cidadão, individualmente ou por intermédio de representação coletiva, possa exprimir o seu ponto de vista sobre determinado tema, o procedimento dotado de efeitos concretos para a exteriorização da participação popular dependerá da participação dos referidos agentes. Ou seja, o Estado, por seus agentes, continua sendo, no contexto contemporâneo, um importante ator do destino dos indivíduos.

O regramento jurídico estabelece aos agentes estatais atividades vinculadas, nas quais a lei não deixa opções ao agente político sobre como atuar, diante de determinadas

⁶ Percebe-se diferença, para alguns estudiosos, na identificação de *Estado de Direito* e *Estado Democrático de Direito*, uma vez que, neste, o povo também possuiria o chamado *poder político* (PENNA, 2011), razão pela qual a atuação estatal somente adquiriria validade quando representasse a vontade soberana na sociedade.

situações. Nessas circunstâncias, exige-se apenas o agir nos termos exatos da vinculação legal, sob pena de reprimendas decorrentes do controle.

Em outras hipóteses, porém, o regramento não alcança todos os aspectos das ações dos agentes representativos do governo, deixando, a lei, certa margem de liberdade para as decisões em um caso concreto. Sob tal margem, poderá o agente optar por uma dentre várias soluções possíveis, sendo que todas elas serão consideradas válidas perante o regramento.

Nesse panorama discricionário, o agente decidirá segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade e outros aspectos, já que não foram definidas atuações vinculadas (ainda que se mantenha a necessária observância às limitações legais). A discricionariedade, portanto, fundamenta-se na própria lei, pois somente surge e mantém-se nas brechas deixadas pelo regramento. Dessa forma, revela-se amplo o âmbito da atuação discricionária, ainda que presentes os limites legais da discricionariedade e as previsões de seu controle.⁷ Por outro lado, vale ressaltar que nenhum ato pode ser considerado inteiramente discricionário, já que certos elementos de todos os atos são sempre vinculados, tais como a competência. Costuma-se, assim, atrelar os aspectos discricionários com o mérito do ato (além da legalidade), já que o mérito relaciona-se à conveniência e à oportunidade do agir administrativo, enquanto que a legalidade seria o aspecto crucial a ser analisado nos atos vinculados.

O procedimento de formulação e de implantação das políticas públicas demanda um sem-número de atos discricionários, bem como os já expostos critérios de interpretação dos textos legais e dos ditames constitucionais. Impõe-se aos agentes públicos, dessa forma, como representantes do povo, que optem, sempre, pela adoção de um agir conforme o interesse público e o “bem do povo”.

O Estado, por intermédio de seus agentes, deve fazer cumprir os direitos prestacionais dos cidadãos, considerando a correspondência existente entre os direitos e os deveres fundamentais e para tanto, deverá necessariamente valer-se de políticas públicas de efetivação. A tomada de decisões nos processos de políticas públicas envolve a observância dos princípios constitucionais, mormente os relacionados aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Tal desiderato, em última análise, demanda a definição de meios, recursos, estratégias e prioridades que se contrapõem ao contingente de inevitável escassez de bens

⁷ Atualmente, muito se discute acerca do controle dos atos discricionários. Sucintamente, pode-se dizer que é possível o controle judicial de atos discricionários, desde que se respeitem os limites garantidos à Administração nos atos discricionários, conforme previsto na lei *lato sensu*.

públicos. Nesses casos, dificilmente poderá haver uma única solução, impondo-se o sopesamento das possibilidades pelos agentes envolvidos.

Sob esse prisma, o direito prestacional de um administrado pressupõe o respectivo dever do Estado. Nesse sentido, “direitos fundamentais refletem deveres fundamentais” (LEITE, SARLET e CARBONELL, 2011, p. 328). A discricionariedade dos agentes importa não apenas em valoração, mas, também, em ponderação. Sendo os princípios indicativos de nortes a seguir, quando ocorrer de dois princípios, igualmente válidos, levarem a direções opostas, o que se deve fazer é equilibrar os interesses conflitantes, de modo que todos esses interesses sejam preservados, de algum modo, na solução adotada.

Para tanto, o agente deve equilibrar os valores conflitantes, no intuito de dissipar o conflito, através da ponderação e da integração valores aparentemente contraditórios. Caso não seja possível a harmonização/ponderação, culminando, tal rota de colisão, no inevitável sacrifício de um direito para proteção de outro, deve-se prestigiar o princípio mais importante, considerando-se sempre que, na atual democracia pluralista, não é difícil ocorrer situação de colisão como a ora esboçada, já que coexistem valores diferentes e, inclusive, antagônicos no sistema.

Quando se trata de utilizar a margem discricionária no processo de políticas públicas, principalmente em caso de colisão de direitos fundamentais, torna-se complexo para os agentes públicos definir qual valor é mais importante. Fala-se em mais de um direito válido, ambos com fundamentos relevantes e, muitas vezes, com amparo constitucional.

Somente se atentando às peculiaridades do caso concreto e fazendo-se uma escorreita utilização do poder discricionário, será possível ao agente utilizar a ponderação e legitimá-la. Sarlet (2007, p. 296) registra que não há grande dificuldade em reconhecer os direitos fundamentais de 1ª geração, que ele opta por chamar “direitos de defesa”, como dotados da consagrada “aplicabilidade imediata” ou, como ele prefere denominar “diretamente aplicáveis e aptos desde logo”, portanto, prontos a desencadear de imediato os projetados efeitos jurídicos. Ele próprio adverte, entretanto, da diferença com relação aos direitos fundamentais a prestações, que impõe conduta positiva aos seus destinatários – prestação fática ou normativa.

Esclarece a autor que tais direitos, positivados geralmente como normas definidoras “de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude”, geram controvérsias no que tange a sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. Esses direitos possuiriam uma dimensão programática quando positivados como normas definidoras de programas, fins e tarefas a serem implementados pelo Estado ou como normas impositivas,

levantando a dúvida sobre existir, ou não, direitos subjetivos a prestações fáticas (Sarlet, 2007, p. 298).

Deve-se levar em conta a relevância econômica dos direitos sociais prestacionais (direito a prestações em sentido estrito) e o limite – relativo – da reserva do possível. Pode-se observar a assim designada reserva do possível com uma dimensão tríplice (SARLET, 2007, p. 304), composta dos seguintes aspectos: (a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento (como no caso do sistema constitucional federativo do Brasil); (c) na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, assim, também da sua razoabilidade.

Pelo princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, esses fatores podem atuar como ferramentas para a garantia dos direitos prestacionais.⁸ Não se pode olvidar que as decisões dos agentes acerca da aplicação de recursos também se relacionam às atividades dos legisladores, não apenas do Executivo. Além disso, faz-se necessário levar em conta a conjuntura socioeconômica global, que definirá as linhas gerais de políticas na esfera socioeconômica. Assim, pode-se questionar até que ponto esses aspectos têm o condão de impedir, realmente, a plena eficácia e a realização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, efetivados através da implementação de políticas públicas, e até aonde vai a discricionariedade dos agentes públicos com poderes decisórios nesse processo.

Para Sarlet (2007, p. 312), “a Constituição consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático”. Poder-se-ia, assim, falar em um direito fundamental como um todo, citando-se como exemplo o direito à garantia de uma existência digna, que conduz à problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde e à moradia (SARLET, 2007, p. 329 et seq).

⁸ Importante referir, nesse ponto, que, para Sarlet (2007, p. 305), a reserva do possível não integra os direitos fundamentais, constituindo (considerada toda a sua complexidade) espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, também podendo atuar, em algumas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais (p.ex., quando há conflitos de direitos, ao se cuidar da invocação – observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental).

Reconhece-se aos cidadãos a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras dos direitos fundamentais sociais. Porém, o legislador deve editar atos normativos concretizadores, atendo-se aos critérios constitucionais e legais, sendo que, nas lacunas da legislação, reside o império da legalidade, que deve orientar a legitimidade da atividade discricionária dos agentes públicos para a tomada de decisões no processo de efetivação de ditas prestações.

Por sua relevância econômica, o objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais encontra-se relacionado de certa forma à reserva do financeiramente possível, envolvendo a tomada de decisões sobre a aplicação dos recursos públicos, função para a qual se encontram legitimados os órgãos e agentes públicos. A título de correção técnica, não se aconselha adotar o termo “gratuidade” para as prestações sociais, cuja natureza pública, necessariamente remete ao custeio por toda a sociedade, o que vale dizer, em borá chegue às mãos dos beneficiários sem que tenham, nos caos específicos, desembolsado contrapartidas pecuniárias, esse fornecimento tem em si uma delegação social, o que pressupõe o financiamento pela sociedade.

4. Conclusão

Os direitos fundamentais sociais juridicamente reconhecidos e abstratamente devidos aos cidadãos, implicam – para a sua concretização – a adoção de políticas públicas, cujas etapas caracterizadoras da adoção implicam a identificação dos temas problemáticos a serem objeto das políticas, assim como da definição de uma agenda específica, orientada por prioridades, para se chegue à eleição dos pontos que, efetivamente, virão a ser objeto de ações governamentais ou da administração, para, daí, se verem operacionalizadas, sob a forma de planos de ação e desencadeamento de ações administrativas fáticas.

Nessa seara e por tudo mais que se percebe com o presente estudo, exige-se que a margem de discricionariedade dos agentes públicos seja utilizada com o máximo cuidado e, outrossim, que permaneça constantemente relacionada aos critérios da legalidade, para que as decisões tomadas no processo de implementação das políticas públicas reflitam, de fato, o cumprimento dos direitos fundamentais sociais prestacionais assegurados aos indivíduos em sede constitucional.

O tema encontra maior complexidade quando se trata de direitos reconhecidos ou prestações instituídas por normas de eficácia limitada, caso em que divergem significativamente os entendimentos dos estudiosos, de um lado os que entendem haver uma

eficácia imediata, decorrente do art. 5º, parágrafo 1º e, de outro, os que sustentam haver um impedimento pelo administrador em tomar decisões na inexistência de normas reguladoras específicas.

Certo mesmo é que as posições não são puramente jurídicas, nem, muito menos filosóficas, tem-se, sim, um choque efetivo de interesses políticos, cujos argumentos de sustentação penderão para um lado ou para outro, muito discutivelmente, de um lado, emprestando-se fundamentos da tese que apropria o Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, aí incluídas as de eficácia limitada, também, em que pesem as restrições decorrentes de sua própria arquitetura; de outro, argüindo-se a impossibilidade orçamentária ou de responsabilidade fiscal em atuar de forma prestacional em casos de insuficiência de recursos ou de previsões aplicativas dos mesmos, segundo a Tese da Reserva do Possível.

Daí concluir-se, por derradeiro, que a escorreta utilização de elementos como a razoabilidade e a proporcionalidade, aliados à discricionariedade deve sempre caracterizar a atividade dos agentes políticos no processo de elaboração e implementação das políticas públicas na busca do bem comum e do bem estar social.

Referências Bibliográficas

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

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas**: Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). **A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais**: Desafios do Século XXI. Joaçaba: EdUnoesc, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2011.

PALMA, Darléa Carine. **O equilíbrio entre o princípio da estabilidade das relações jurídicas e a adaptação às novas metas e prioridades administrativas**. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/view/3678>. Acesso em: 31.jan.2014.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Hugo Thamir; COSTA, Marli M. M. (Org.). **Direito & Políticas Públicas III**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Políticas públicas e administração democrática**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000100004&script=sci_arttext. Acesso em: 31.jan.2014.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31.jan.2014.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 31.jan.2014.