NOVO CONCEITO DA DISCRICIONARIEDADE EM POLITICAS PÚBLICAS SOB UM OLHAR GARANTISTA, PARA ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS *

NUEVO CONCEPTO DE LA DISCRECIONALIDAD EN LAS POLITICAS PÚBLICAS, BAJO UN MIRAJE GARANTISTA, PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Maria Goretti Dal Bosco***

Paulo Roberto Dalla Valle***

RESUMO

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa. Discutidas em sua relação com a participação da sociedade, observa-se que a modernidade agravou a diferença entre as expectativas dos administrados e a aplicação dos recursos públicos, fato que ocorre, com maior intensidade, nos países em desenvolvimento, causado, entre outros motivos, pelo aumento considerável das populações, seu empobrecimento cada vez maior e pela ampliação das demandas por prestações públicas.

O trabalho desenvolve um conceito novo para a discricionariedade administrativa a ser aplicado pelo agente político no momento da definição destas políticas. A construção do novo conceito de discricionariedade – baseado na teoria do Garantismo Jurídico, de Luigi Ferrajoli – implica a necessidade de que só seja permitido ao agente público fazer uso dessa faculdade a partir do momento em que a Administração tiver satisfeito as necessidades básicas dos cidadãos, ou seja, a garantia do mínimo necessário à sua dignidade, representado pelo atendimento aos direitos fundamentais.

Assegurar o mínimo necessário à dignidade humana significa atender às demandas geradas pelos direitos fundamentais das populações, especialmente as mais pobres, e

---

* Este trabalho é parte integrante da tese de doutorado de sua autora, intitulada "Políticas Públicas e improbidade: uma aproximação garantista", atualmente no prelo para publicação pela editora Juruá.

** Doutora em Direito (UFSC). Professora dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), e Unigran. Pesquisadora do CNPQ. Advogada.

*** Acadêmico do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), pesquisador do CNPQ.

que se constituem nas principais destinatárias das políticas públicas para suprir necessidades vitais de sobrevivência minimamente digna.
Do ponto de vista de uma visão garantista do controle da Administração, dado que esta deve atuar, em todos os momentos, tendo a pessoa como centro de suas realizações, cabe ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITOS FUNDAMENTAIS - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - GARANTISMO JURÍDICO.

RESUMEN

El campo de la política pública es, históricamente, la atmósfera de la discrecionalidad administrativa. Discutido en la relación de la participación de la sociedad, se observa que la modernidad empeoró la diferencia entre las esperanzas de aquéllos y los invertimientos de los recursos públicos, lo que pasa, con la intensidad más grande, en los países en vías de desarrollo, causada, entre otras razones, por el aumento considerable de las poblaciones y su empobrecimiento siempre más grande y para el agrandamiento de las demandas para las instalaciones y servicios públicos.

El trabajo presenta un nuevo concepto para la discrecionalidad administrativa a ser aplicada por el agente político en el momento de la definición de las mismas políticas. La construcción del nuevo concepto del discrecionalidad - basado en la teoría del Garantismo Jurídico, de Luigi Ferrajoli - implica la necesidad de que sólo se permite al agente público el uso de esa opción solo en el momento en que la Administración haya satisfecho las necesidades básicas de los ciudadanos, en otros términos, la garantía del mínimo necesario a la dignidad del ciudadano, o sea, al servicio de los derechos fundamentales.

Asegurar el mínimo necesario a la dignidad humana quiere decir atender a las demandas generadas por los derechos fundamentales de las poblaciones, sobre todo los más pobres, los que se constituyen en los destinatarios principales de las política públicas necesarias al mínimo de las necesidades vitales para la supervivencia digna.

Del punto de vista de garantista del control de la Administración, dado que ella debe actuar, en todos los momentos, en el cuidado de la persona como el centro de sus logros, debe la Magistratura avaluar las acciones administrativas siempre bajo la perspectiva de los derechos fundamentales constitucionales.

PALABRAS-CLAVE: Administración pública - Derechos fundamentales - Discrecionalidad administrativa - Garantismo jurídico.

INTRODUÇÃO

O crescimento das populações mais pobres, principalmente nos países pobres, e as políticas econômicas tradicionais, entendidas aqui as que seguem parâmetros liberais, ou neo-liberais, têm sido responsáveis por uma das mais graves crises que o Estado enfrenta por não dar conta de fazer frente às inúmeras demandas sociais. Essa insuficiência estrutural atinge direitos fundamentais dos cidadãos, deixando à mostra a carência de instrumentos para a efetividade dos direitos previstos nas Cartas Políticas, um dos problemas de maior complexidade nos tempos modernos.

Parte desses problemas decorre também dos modelos jurídicos que as administrações estatais seguem no momento de definir e implementar as políticas públicas. O modelo de discricionariedade administrativa, que favorece uma margem bastante significativa de liberdade ao administrador, acaba por ser utilizado contra a cidadania, na medida em que serve a interesses que não são os da maioria das pessoas, de modo especial, daquelas camadas mais pobres.

A discussão que se trava neste trabalho aborda um novo conceito de discricionariedade, que veda ao administrador a escolha de alternativas quando presentes necessidades impostergáveis dos cidadãos, conforme uma ótica garantista dos direitos fundamentais. Essa ótica parte do princípio do direito *ex parte populis*, como afirma Ferrajoli, o autor do Garantismo Jurídico, ou seja, do ponto de vista do cidadão, do homem que tem direitos fundamentais a serem assegurados antes e acima de quaisquer outros.

A abordagem transita pelos direitos fundamentais, passa pelo conceito de discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados, para após

concluir pela possibilidade de uma nova visão da discricionariedade administrativa, capaz de obrigar o administrador a promover primeiro a efetividade dos direitos fundamentais, em detrimento de investimentos que não têm aqueles direitos como objeto.

1. Direitos fundamentais

As transformações da humanidade, sob os mais diversos aspectos, abrangem também os direitos fundamentais, os quais modificam-se e ampliam-se com o passar do tempo, o que faz surgir uma pluralidade de expressões para designá-los, tornando difícil a construção de um conceito definitivo. Na literatura, encontram-se as expressões "direitos naturais", "direitos humanos", "direitos individuais", "direitos públicos subjetivos", "liberdades públicas" ou "direitos fundamentais do homem", entre outros.[1]

Pode-se afirmar, com Habermas,[2] que os direitos fundamentais tornam-se concretos a partir do direito que todas as pessoas têm às liberdades subjetivas de ação e, na forma de direitos positivos, são dotados de ameaças e de sanções, de modo que podem ser utilizados contra quaisquer interesses que os contrariem ou que transgridam normas. Eles podem ser interpretados, assim, como uma barreira ao poder do Estado, ou como desenho de uma ordem objetiva de valores que desdobra sua influência sobre todos os campos do sistema jurídico, qualidade que possibilita sejam entendidos como instrumentos de defesa diante das posições de outros cidadãos.[3]

A constitucionalização dos direitos fundamentais, realizada por constituições rígidas, diz Ferrajoli,[4] produziu, neste século, uma mudança profunda de paradigma do

---

[1] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 179-180. O autor utiliza nessa obra a expressão "direitos fundamentais do homem", por entender que é a mais adequada, uma vez que, além de se reportar a princípios que resumem a concepção do mundo e informar a ideologia jurídica de cada ordenamento jurídico, no nível do direito positivo significa prerrogativas e instituições a serem concretizadas por ele na forma de garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Neste estudo, todavia, utiliza-se a expressão "direitos fundamentais" apenas por entender-se que, em se tratando de previsão legal em Cartas de Direitos, refere-se ao homem enquanto gênero.

[2] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. *Op. cit.*, p. 170.

[3] DOEHRING, Karl. Estado social, Estado de derecho y orden democrático. *Op. cit.*, p. 125.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: La ley del más débil. 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 37. O autor esclarece que a definição é puramente formal, servindo a qualquer ordenamento, tendo valor de uma definição da teoria geral do direito, embora advirta que o caráter formal não deve impedir que se identifique nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica.

direito positivo em relação ao chamado páleopositivismo jurídico.[5] Direitos fundamentais, primeiramente, diz o autor, devem estar formulados em Constituições ou leis fundamentais, e podem ser considerados como todos os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de realizar atos.[6]

Com base nessa definição, Ferrajoli desenvolve quatro teses sobre os direitos fundamentais: a primeira, da diferença de estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, segundo a qual os primeiros são atribuídos a todas as pessoas, enquanto os segundos, a cada um dos seus titulares, excluindo todos os demais; a segunda tese sustenta que os direitos fundamentais, por atenderem a interesses e expectativas de todas as pessoas, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, e compõem a dimensão substancial da democracia; a terceira refere-se à natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais; e a quarta tese trata das relações entre direitos e garantias, classificando, como garantias primárias, as obrigações e proibições que correspondem às expectativas negativas ou positivas dos direitos fundamentais, e, como garantias secundárias, aquelas que implicam obrigações de reparar ou sancionar judicialmente as lesões aos direitos, ou, as violações das garantias primárias.[7] A virtude da teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli estaria, justamente, em seu caráter formal, capaz de permitir que se reconheça, teoricamente, um direito fundamental em ordenamentos ideologicamente diversos, socialistas ou liberais, democráticos e até mesmo autoritários.[8]

1.1. Abordagem moderna dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, desde o seu surgimento, nas primeiras manifestações, ainda no século XIII, passando pelas Cartas de Direitos dos séculos XVII e XVIII até

---

[5] A expressão é usada pelo autor para descrever o juspositivismo dogmático, definido como o tipo de orientação que "[...] ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade", tanto com referência a ordenamentos normativos, que tomam como vigentes somente as normas válidas, quanto a ordenamentos realistas, que têm como vigentes apenas as normas efetivas (*Direito e razão*, *op. cit.*, p. 699). Seria, em outras palavras, a concepção do Direito como auto-poiético, auto-suficiente, visão segundo a qual a lei é um *a priori*, capaz de resolver tudo, que veda interpretações metajurídicas, transformando o julgador em mero operador mecânico do texto legal, de modo que este não questiona ou reflete acerca de nenhum dos contextos que lhe são postos, e termina por legitimar ordens arbitrárias ou a servir de instrumento a regimes autoritários.

[6] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: La ley del más débl. *Op. cit.*, p. 37.

[7] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: La ley del más débil. *Op. cit.*, p. 42-43.

[8] CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli e el debate sobre los derechos fundamentales. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. *Op. cit.*, p. 12.

chegar aos dias atuais, atravessaram transformações significativas, especialmente no século XX, com o fenômeno da modernidade e a mundialização das diferenças entre ricos e pobres. Bobbio[9] usa a expressão "direitos do homem" e aponta quatro etapas dessas transformações: a primeira teria sido a "constitucionalização" dos direitos do homem nas Declarações de Direitos que integraram as primeiras constituições liberais e, posteriormente, nas Cartas liberais e democráticas que se foram sucedendo nos diversos países; a segunda fase caracterizou-se pela "progressiva extensão" dos direitos, passando pela liberdade, reconhecida, de forma mais ampla, como direito de associação, e pela consideração de direitos civis também como direitos políticos, chegando até o direito ao voto para homens e mulheres.

A terceira etapa, que alcança o período atual, é a da "universalização" dos direitos, iniciada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, representada pela transposição do Direito para fora dos limites internos de cada país, proporcionando ao indivíduo a possibilidade de invocar outras esferas superiores de justiça, inclusive contra o próprio Estado, o que o transforma em "sujeito do direito internacional"; uma quarta etapa, ainda mais recente, batizada pelo autor de "especificação" dos direitos, estende a proteção a direitos muito específicos, ligados a questões de sexo, idade, saúde, deficiências físicas e mentais, entre outras.

Alexy[10] usa a expressão "direitos do homem" para apontá-los como direitos que se distinguem de outros por resultarem de uma combinação de cinco qualidades. São

---

[9] BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. *Op. cit.*, p. 481-483.

[10] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução de: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul/set. 1999, p. 55-66. O autor observa que o conceito de "homem" é biológico, embora não coincida com o de "ser vivo", ou o de "criatura", caso em que deveria ser alargado o círculo de destinatários; e também é individualizado, ainda que esteja o homem inserido na comunidade, que tem também direitos enquanto grupo, os quais, todavia, não podem ser qualificados com a expressão "direitos do homem". Para o conceito de direito subjetivo, Alexy afirma, em outra obra, que, por conta da ambigüidade e da vagueza da expressão, esta deveria ser utilizada apenas para algumas posições, ou em sentido amplo. A solução, assim, é o uso corrente, como um conceito geral para posições diferentes, traçando algumas distinções, que ele classifica em três tipos: *direitos a algo*, *liberdades* e *competências*. No primeiro caso, a posição do cidadão diante do Estado implica o direito a não ser importunado em sua liberdade para os atos da vida civil, em seu domicílio e em sua propriedade, o que impõe posições estatais negativas e positivas em relação ao titular dos direitos. Quanto às liberdades, o autor crê ser conveniente pensar na liberdade de uma pessoa como "[...] a soma das liberdades particulares e a liberdade de uma sociedade como a soma das liberdades das pessoas que nela vivem". Isso significa que o conceito de liberdade é uma relação triangular entre o titular de uma liberdade (ou não-liberdade), um impedimento desta e um objeto da liberdade. As competências, terceiro grupo dos direitos subjetivos, dizem respeito às posições de uma pessoa e são sinônimos de *poder jurídico*, *capacidade jurídica*, *faculdade*, *autorização*, etc., existindo tanto no direito público quanto no privado, garantidas por normas de competência, as quais não é permitido ao legislador modificar. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 212-245).

direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. A universalidade implica serem direitos que cabem a todos os homens, enquanto indivíduos, ainda que inseridos no grupo social. Direitos morais podem, também, ser direitos jurídico-positivos, mas sua validade não depende da positivação, bastando que a norma que lhe dá base tenha validade do ponto de vista moral, pois "[...] a norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada".[11] A qualidade da preferência sugere que um direito moral abre, para o titular, o "[...] direito moral à proteção por direito positivo estatal".[12] Assim, os direitos do homem estão em condição de prioridade em relação aos demais, numa relação necessária com o direito positivo.

Por qualidade de direitos fundamentais, diz Alexy, deve-se entender a presença de duas condições: deve tratar-se de direitos e carências que, de modo geral, podem e devem ser protegidos; e que sejam tão fundamentais essas carências ou interesses que "[...] a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito".[13] A qualidade de abstração dos direitos do homem deve-se à exigência de restrição ou limitação para fazer frente a direitos de outros ou de natureza coletiva, sendo a escolha das restrições determinada, somente, por instâncias "[...] autorizadas a decisões de ponderação juridicamente obrigatórias".[14] O Estado, assim, é necessário. não apenas como instância de concretização, mas também de decisão, para realizar os direitos do homem.

2. Discricionariedade administrativa

A administração pública, em regra, deve executar suas atividades conforme aos modelos que a legislação estabelece, ou seja, ao contrário do campo privado, onde se pratica tudo o que permite a lei, mais o que ela não proíbe, no âmbito público, a Administração faz apenas o que a lei determina, sob pena de nulidade dos atos realizados.

A norma jurídica, todavia, reserva situações específicas, nas quais o administrador, ainda que seguindo a determinação legal, dispõe de certa margem de

---

[11] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 60.
[12] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 60.
[13] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 61.
[14] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 62.

liberdade para algumas decisões, que se costuma entender como aquelas nas quais é o agente público o melhor especialista para adotar a decisão mais adequada aos administrados, quando se tem, então, um ato discricionário.

O conceito de discricionariedade é considerado um dos mais difíceis e com o maior número de significados da teoria do Direito. No caso da administração pública, a questão crucial é saber até onde as decisões dos agentes públicos podem ser revistas pelo Judiciário. Um primeiro conceito que mais se aproxima da idéia com a qual se trabalha neste estudo é o de Engisch,[15] segundo o qual, diante da lei, ter-se-iam duas possibilidades, contrapostas entre si e, igualmente, em conformidade ao Direito, entre as quais o agente público poderia optar por uma ou outra, sem contrariar a regra jurídica. Percebe-se, assim, que esse conceito não pode fugir da possibilidade de escolher, entre alternativas diferentes, aquela que mais se ajusta ao caso concreto a ser decidido. Logo, o que marca a existência de discricionariedade é a presença da possibilidade de escolha, prevista na lei, não apenas uma possibilidade de fato, mas também de direito.

Mas ainda se pode utilizar uma segunda formulação, que serve, igualmente, aos ideais deste trabalho, que é a da "discricionariedade vinculada", no sentido de que o exercício desse poder de escolha deve estar direcionado ao objetivo fundamental do resultado da decisão desejado pelo texto legal, isto é, o único resultado ajustado a todas as diretrizes jurídicas e legais, e que envolve análise detalhada de todas as circunstâncias do caso concreto, para se chegar ao que se poderia chamar de "decisão correta". Ainda que se possa questionar a possibilidade da existência de uma só decisão correta, dado que a discricionariedade é justamente o poder de escolha do agente entre duas ou mais soluções igualmente permitidas pelo Direito, é possível pensar na que mais se coaduna com as exigências da correção, na medida em que esta definição é atribuída ao agente, que o faz com base nas suas qualidades técnicas para apreciação do caso concreto, estando, portanto, habilitado a optar pela melhor opção.

A vinculação que se diz presente nesta decisão está, sem dúvida, presa aos conhecimentos do administrador, o qual deve ter noções claras de como cada solução atende, efetivamente, às exigências do Direito, de modo especial, ao interesse público, que é, afinal, o elemento vinculante de toda e qualquer atitude da Administração. Maior

---

[15] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. *Op. cit.*, p. 214-224.

clareza deste entendimento se pode ter no raciocínio emprestado de Engisch,[16] da nomeação de um professor para determinada cátedra universitária. Em uma lista de três nomes, proposta pelo departamento competente, caberá à autoridade (o ministro ou o reitor) a escolha daquele que reúne as melhores condições para bem desempenhar as tarefas de catedrático. É evidente que, aqui, se apresenta uma situação valorativa, na qual o agente é obrigado a efetuar juízos de valor sobre os nomes que lhe são apresentados. Mas, mesmo que lhe seja exigido isso, jamais poderá ele indicar, entre os três, aquele que menor número de qualidades tenha para o desempenho da função. Isso implica conhecer a história profissional e pessoal de cada um, de modo a ter, em mãos, todos os elementos objetivos para tomar a decisão mais correta.

Situação semelhante poderia ocorrer na definição das políticas públicas que o administrador realiza, quando elabora o orçamento anual de investimentos e custeio da estrutura administrativa. De posse de todos os elementos objetivos sobre a situação da realidade que administra (índices de necessidades nas áreas de educação, saúde, transportes, lazer, etc.), terá ele de propor a forma mais correta de investir os recursos públicos. A forma mais correta, no caso, não será, certamente, a que deixar crianças sem escola ou serviços de saúde, enquanto destina os recursos à construção de sofisticados prédios para o funcionamento da máquina administrativa. Ou, ainda, para não ir longe, pode-se citar o caso recente do governo brasileiro, que utilizou grandes quantidades de recursos para salvar bancos e outras empresas privadas, para recordar apenas algumas das inversões, em detrimento da estruturação do setor energético, sobre o qual havia prévio conhecimento, por parte das autoridades do governo, de que estava à beira de um colapso, o mesmo que foi capaz de causar prejuízos incalculáveis à economia do País e à população, na crise que ficou conhecida como “apagão”.[17]

A discricionariedade vinculada implica em que o agente público, ao qual a lei determina a escolha de uma entre as várias alternativas possíveis reguladas por lei –

---

[16] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. *Op. cit.*, p. 223.

[17] A crise do fornecimento de energia elétrica agravou-se em 2001. O Governo deixou de investir em construção de usinas hidrelétricas e o País sofreu inúmeras interrupções no fornecimento de energia elétrica. O Governo criou a Câmara de Gestão de Energia, em maio de 2001, para gerenciar a crise, e foi obrigado a promover um racionamento sem precedentes, responsável também por prejuízos ao setor econômico, que fizeram cair a taxa de crescimento de 4,5 por cento em 2000, para apenas 1 por cento no final de 2004. Muitos grupos estrangeiros que se instalaram no Brasil deixaram de investir em novos empreendimentos e o temor de novos colapsos permanece como um dos principais empecilhos à chegada de novos investimentos. (WEATLEY, Jonathan. Crescimento pode causar novo apagão no Brasil. Trad. Danilo Fonseca. *Financial Times*. 15.10.2004. Disponível em <http://www.uol.com.br>. Acesso: 25.10.2004. O tema é tratado em detalhes adiante, no item n. 4.5.2. deste trabalho.

vale dizer, investimento em educação, auxílio aos bancos, setor energético, saúde, entre outras – por sua apreciação pessoal, deverá estar capacitado a escolher a solução mais adequada; no caso presente, a que oferece maiores possibilidades de atender às prioridades que a Administração apresenta no momento concreto. Logo, a discricionariedade está na valoração pessoal do administrador, mas isso não quer dizer que essa valoração seja arbitrária, dado que deve atender ao escopo previsto na legislação, ou seja, promover o bem estar dos administrados, a igualdade de acesso às prestações públicas, enfim, o interesse público, o qual encerra um conjunto de valores superiores do ordenamento jurídico que orientam a atividade administrativa.[18]

Logo, decisão discricionária é aquela tomada entre duas ou mais soluções, todas da mesma forma válidas conforme o Direito. Logo, o poder discricionário funda-se em dois argumentos: a natureza daquilo sobre o que se decide – critério da importância e critério da dificuldade técnica ou valorativa – e a posição institucional da Administração, para a qual, o ordenamento constitucional atribui uma função configuradora da ordem social. Não se pode tomar a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam, ou que atendam de forma deficiente ao interesse público implícito na finalidade legal.[19] Se a avaliação do ato passar pela ponderação da razoabilidade e da moralidade, poderá ser visto sob um universo maior, capaz de evidenciar a interligação entre esses dois princípios, uma vez que o administrador deve servir-se de critérios razoáveis quando executa atos discricionários.[20]

É necessário observar, ainda, que houve mudanças significativas do entendimento da doutrina e da jurisprudência estrangeiras acerca do tema, nas últimas décadas. Como se percebeu pelos tópicos vistos anteriormente, ainda que se registre certa insistência da antiga concepção de que, ao administrador, não se obstaculizavam as atividades, por ser ele qualificado a decidir questões de mérito e conveniência relacionada à administração pública, os tribunais vêm avançando, cada vez mais, sobre as decisões dos agentes públicos, especialmente em alguns países da Europa. Uma polêmica de repercussão considerável envolveu alguns autores espanhóis nos anos 1990, acerca do conceito de

---

[18] Sobre valores superiores que orientam a legislação constitucional veja-se PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. *Op. cit.*, p. 70 e seguintes.

[19] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 57.

[20] MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa*: Emenda Constitucional n. 19/98. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 29.

discricionariedade que deveria ser tomado pelo País após o fim do regime franquista. Envolveram-se na discussão Parejo Alfonso[21] e Sánchez Morón,[22] de um lado, e Tomás-Ramón Fernández, de outro, todos ora apoiados, ora criticados por outros doutrinadores.[23] Os primeiros sustentavam a impropriedade de rígido controle jurisdicional da Administração após o final da ditadura, dado que o poder Executivo ganhara, a partir de então, legitimidade suficiente para representar a vontade dos administrados, não mais restando necessária a redução dos níveis de discricionariedade administrativa, o que se justificaria, apenas, no período ditatorial, no qual o governo não tinha a legitimidade pós Constituição de 1978.

Assim posto o entendimento, o julgamento que modificasse uma decisão administrativa significaria a substituição do administrador pelo juiz, ou a substituição de um poder pelo outro.[24] Isso porque a Constituição contempla a tutela judicial como direito fundamental de todos, inclusive da Administração, a qual dar-se-ia, nesse caso, apenas sob a forma específica da legalidade da atuação administrativa, com base no art. 106.1, controle que se resumiria na supervisão, censura e correção da ação do outro poder, posição que significa, unicamente, a declaração de ilegalidade, mas nunca a indenização para a reposição dos prejuízos dos administrados.

Visão completamente diversa sustentava Tomás-Ramón Fernández,[25] acusado de ativismo judicial por seus contendores, porque tomava, como regra geral contra a arbitrariedade dos poderes, o artigo 9.3 da Constituição espanhola,[26] que deveria ser tomada como uma exigência indeclinável do governo humano, justamente inspirada nas Constituições européias, especialmente a alemã, à qual Parejo recorrera para

---

[21] PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar*: dos funciones constitucionales distintas y complementárias. Madrid: Tecnos, 1993, p. 48-49.

[22] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. *Op. cit.*, p. 64 e seguintes.

[23] Entre os autores que abordaram a discussão, pode-se citar, entre outros trabalhos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Uma nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996. ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discricionalidad administrativa: Comentários a una polémica. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 85, p. 5-26, ene./mar. 1995.

[24] PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar*: dos funciones constitucionales distintas y complementárias. *Op. cit.*, p. 48-49.

[25] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 3. ed. ampl. Madrid: Civitas, 1999, p. 147; Também em: De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrário. *Op. cit.*, p. 577-612.

[26] O texto do art. 9.1. da Constituição espanhola é o seguinte: “A constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos”. (em espanhol no original)

fundamentar sua defesa da simples legalidade dos atos da Administração. Para Fernández, a Carta espanhola não poderia, no novo sistema democrático, ter estreitado as margens de controle das decisões dos detentores do poder, lembrando que, tanto na Alemanha, quanto na França e Itália, as decisões discricionárias tomadas, consideradas arbitrárias, não eram objeto apenas de anulação, mas também de ressarcimento dos danos causados ao particular, em autêntica substituição da decisão administrativa, em benefício do controle da arbitrariedade.[27]

A questão polêmica parece resolver-se, na avaliação de García de Enterría,[28] quando este afirma que a discricionariedade deve submeter-se, sempre, ao interesse público visado pela norma jurídica e considerado um conceito jurídico indeterminado. Justamente por isso, torna-se indiscutível que o juiz deve controlar a aplicação do conceito pela Administração, o que não significa, de modo algum, o controle absoluto da discricionariedade, fazendo com que o magistrado pudesse substituir, inteiramente, a apreciação do administrador, ou a liquidação, pura e simples, da discricionariedade enquanto técnica política e conceito técnico.

No Brasil, há duas correntes de pensamento no que se refere à discricionariedade: a dos neoliberais, que querem ver aumentada a margem de discricionariedade, porque entendem que uma administração gerencial só pode ser implantada com maior liberdade de decisão aos administradores, e vêem o direito administrativo como um óbice às reformas, porque baseado na legalidade, o que também oferece limitações à atuação das agências reguladoras; a outra corrente propugna por limites ainda mais largos à atuação discricionária, com base nos limites estabelecidos por princípios e valores constitucionais, especialmente a razoabilidade, a proporcionalidade, moralidade e o interesse público, entre outros. O mesmo ocorre em relação à discricionariedade técnica, os primeiros defendendo a exclusão dessa espécie da apreciação judicial, por ter natureza específica, podendo ser avaliada apenas pela Administração, e os

---

[27] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrário. *Op. cit.*, p. 577-612. A polêmica, contudo, foi reduzida por Atienza a diferenças mais de ênfase do que teóricas, à medida em que Fernández defendia a proteção dos direitos e interesses individuais diante da Administração, e Sánchez e Parejo, a necessidade de a administração pública moderna assegurar meios de organização e funcionamento necessários para cumprir seus objetivos, mas nem os últimos descartavam a importância da distinção entre arbitrariedade e discricionariedade, nem o primeiro negaria a legitimidade da distinção entre legalidade e oportunidade. (Cf. ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentários a una polémica. *Op. cit.*, p. 5-26). A polêmica, todavia, esvaeceu-se aos poucos, e não se encontram na atualidade maiores discussões a respeito do tema.

[28] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Uma nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado. *Op. cit.*, p. 69-89.

segundos, posição contrária, exatamente porque a técnica pode ser avaliada por peritos e, portanto, não pode ficar alheia à apreciação judicial.[29]

2.1. Discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas

A definição das políticas públicas, em vários países do mundo, pouco tem da interferência das populações para as quais são destinadas as prestações proporcionadas pelos planos estatais de governo. O que se percebe é que a elaboração dos planos de governo, que encerram as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar sob a responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores, conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações.

O modelo de elaboração de políticas públicas, assim, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a destoar, de modo significativo, das demandas populares. Os poderes Executivo e Legislativo, até pela realidade política da grande maioria dos países – independentemente do regime de governo – são comandados, quase sempre, pelas mesmas forças políticas que vencem as eleições, e dominam as decisões, praticamente durante todo o período de mandato, ficando, para as oposições algumas

[29] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p. 39-55. Andréas Krell avalia que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados não ajudou até agora a doutrina e a jurisprudência brasileiras a passar por uma "mudança de atitude" no que se refere ao controle da discricionariedade administrativa, situação agravada pela diferenciação categórica entre atos "vinculados" e atos "discricionários". Ademais, entre outras limitações notadas na realidade jurídica brasileira, o autor entende que a pretensão da "única solução justa" pode levar à legitimação de decisões tendenciosas, "resultado de interesses subalternos", e considera que a "[...] discussão sobre os limites da sindicância judicial dos atos administrativos discricionários deve ser acompanhada por uma análise jurídico-funcional da capacidade real dos juízes brasileiros de controlar a aplicação de certos tipos de conceitos legais indeterminados nas diferentes áreas setoriais da Administração Pública" (KRELL, Andréas. A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil. *Op. cit.*, p. 21-49). Não parece possível aceitar algumas das principais teses do autor, dado que a realidade brasileira, como ele próprio cita no artigo, não é a mesma de países "centrais", e que o controle dos atos administrativos necessita ser rigoroso em função do nível de formação, remuneração e isenção dos órgãos administrativos ser bem distante daquele verificado em países desenvolvidos. Há de se acrescentar a isso certa tradição de impunidade existente no Brasil, provocada por uma série de fatores, entre os quais está a falta de reformas na legislação processual, que sejam capazes de evitar medidas processuais que acabam por protelar as decisões judiciais finais. Somem-se a isso os altos índices de corrupção verificados nos poderes públicos brasileiros, fato que, por si só, deveria ser motivação mais do que suficiente para uma fiscalização muito mais rígida de todos os atos administrativos, em busca da preservação do respeito ao interesse público.

poucas concessões, em regra, as que não têm grande repercussão no ambiente dos maiores problemas que a sociedade enfrenta.

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa. A não ser em alguns poucos registros na História, como, por exemplo, nas assembléias dos cantões suíços, não se teve outras notáveis experiências de participação nas decisões públicas, e pouco se ouviu falar, em outras épocas, tanto quanto agora, da excessiva liberdade que o Executivo dispõe para definir os investimentos públicos, ainda que, nas democracias, isso dependa da aprovação do Parlamento. As possibilidades de escolha atribuídas ao Executivo neste momento são amplas, e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos têm finalidade vinculada, como, por exemplo, no caso brasileiro, a educação e a saúde. E além da abertura, por ocasião das decisões sobre áreas de investimentos, o Executivo ainda pode se beneficiar das limitações impostas à sindicalização de determinados atos pelo Judiciário. Assim, ainda que se diga que a lei é o limite da discricionariedade, porque estabelece as condutas e o administrador apenas deve escolher entre as alternativas colocadas pela norma,[30] não é verdadeiro que essa vinculação das alternativas legais seja balizadora das atitudes da Administração, no sentido de que esta faça, sempre, a escolha da melhor alternativa à disposição.

Todas as dificuldades apontadas acenam para uma impossibilidade de se coordenar as políticas partidárias, pelas quais os administradores assumem determinados compromissos, com as políticas públicas, desenvolvidas para atender às necessidades das populações. Não parece haver outra solução, em princípio, que a existência de um mecanismo capaz de funcionar como marco orientador da atividade pública, de modo que, mesmo diante de atos considerados discricionários, possa o administrador, seguindo determinados parâmetros previamente estabelecidos, realizar a escolha que mais atende à finalidade do ato, ou seja, atender ao interesse público. É nesse ponto que parece necessário retomar a Constituição dirigente, enquanto instrumento balizador da atividade pública, de modo a estabelecer critérios que reduzam as decisões distantes das reais necessidades dos administrados ao mínimo possível. Ou seja, um marco definidor de critérios hábeis a proporcionar as escolhas adequadas pelo administrador, tanto nos atos vinculados quanto naqueles

---

[30] Por todos, veja-se SCOCA, Franco Gaetano. La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Roma, n. 4, p. 1045-1072, 2000.

discricionários.

Essa necessidade leva à lembrança de que a Constituição dirigente, ou a força dirigente dos direitos fundamentais, consagrada na expressão de Canotilho,[31] que foi aprovada pelos Constituintes de 1988, teve o propósito de servir de programa permanente para a ação pública, dotada de mandamentos como justiça, igualdade e bem-estar social, o que vem determinado desde o preâmbulo, seguindo-se nos artigos 1º., 3º. e 170, além de outros dispositivos, através do compromisso com a dignidade da pessoa humana.[32]

Como visto, não se pode falar da superação do dirigismo constitucional em uma realidade social como a do Brasil. A falta de efetividade dos direitos sociais no País, considerados de segunda geração,[33] enquanto os direitos políticos, considerados de terceira geração, ganham *status* de universalidade – basta observar os números do alistamento eleitoral no País e o moderno sistema de urnas eletrônicas a que todos têm acesso, exemplo para outros países, quando se registram casos de trabalho escravo, altos índices de mortalidade infantil, milhares de pessoas vivendo nas ruas, sem direito à moradia e à integridade, entre outros –, demonstra o desajuste das políticas públicas adotadas pelos sucessivos governos. O quadro não pode prescindir do envolvimento de nenhum dos atores sociais, especialmente do Judiciário, no exercício de suas funções de aplicar o ordenamento jurídico, conforme os ideais do dirigismo constitucional, sob

---

[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 417. Veja-se, a respeito da relatividade da teoria da "constituição dirigente", a exposição do próprio Canotilho, quando justifica que a expressão "a constituição dirigente morreu", refere-se às mudanças representadas pelas promessas da Carta portuguesa de 1976 – a qual "[...] reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas" – que propunha a "[...] transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes", através de "[...] uma aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 17, jan./fev. 2003, p. 13-24).

[32] Diz o preâmbulo da Constituição brasileira: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o *exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil" (grifo nosso). No art. 1º., a Carta contempla: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – *a dignidade da pessoa humana*; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; IV – o pluralismo político". No art. 3º. se lê: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; [...]". O art. 170 prevê: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, observados os seguintes princípios [...]" (grifo nosso).

[33] Cf. classificação de BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. *Op. cit.*, p. 16.

pena de arcar com o peso não apenas da omissão, mas da contribuição quase dolosa para a perpetuação do caos.

2.2. Novo conceito garantista da discricionariedade administrativa

Do ponto de vista de uma visão garantista do controle da Administração, dado que esta deve atuar, em todos os momentos, tendo a pessoa como centro de suas realizações, cabe ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais, "[...] considerados agora sob um aspecto substancial e primacial, posto que traduzem os valores morais e políticos da sociedade".[34] Isso implica dizer que a Administração tem o dever, sob essa ótica, de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos, no maior grau possível, observando, sempre, o interesse geral. Logo, o tradicional controle dos atos administrativos que se faz no Brasil, partindo-se da existência de uma decomposição em conteúdo, forma e pressupostos, com o objetivo de atestar-lhes a conformidade e legalidade, é insuficiente e incompleto, já que um ato pode, até, conter todos os requisitos legais, mas estar em confronto com direitos tutelados pelo ordenamento.

Quanto à legitimidade do controle da atividade administrativa, no Estado democrático de Direito, se pode dizer, emprestando o raciocínio de Sainz Moreno,[35] que é a plena submissão da Administração ao ordenamento jurídico, em função do princípio da legalidade, e por força deste, ao controle judicial, a qual deve ser tomada como idéia nuclear da organização democrática da vida comunitária. Isso significa que a administração pública gerencia interesses que não são seus, mas da comunidade à qual serve e, portanto, é esta comunidade, e não outras entidades tutelares, que deve decidir o que deseja e a forma como executar o que tenciona. Essa vontade está consolidada na lei aprovada pelo Parlamento, ao cumprimento da qual a Administração está adstrita. Só a partir da norma, a Administração pode retirar fundamento para os seus poderes, de modo que essa fonte de legitimidade não pode ser substituída por um suposto "melhor saber burocrático", na tutela dos administrados.

Assim, a comunidade pode, até, equivocar-se, mas, enquanto povo livre, tem a

---

[34] CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*. *Op. cit.*, p. 148-150.
[35] SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. *Op. cit.*, p. 352.

dignidade de assumir e superar os seus erros. Portanto, o controle judicial da legalidade administrativa é elemento essencial da organização democrática do poder público, enquanto submete a legalidade e, em decorrência disso, a legitimidade, dos atos dos órgãos que personificam o poder a um juízo de razão. Logo, como se verá no tópico seguinte, a situação que se apresenta no caso concreto deve ser analisada, sempre, com a atenção voltada ao atendimento do básico essencial aos administrados, sendo somente a partir desse pressuposto que se poderia permitir, ao poder público, decidir, de forma discricionária, no que se refere às políticas públicas.

Esse novo conceito de discricionariedade implica ressaltar que hoje, quando a litigiosidade ganhou parâmetros de infinitude e o Judiciário defronta-se com a discussão de valores como os da propriedade e da função social, da propriedade e dos direitos ambientais, dos consumidores, dos menos favorecidos, entre outros, o papel desse Poder não pode continuar igual ao que este desempenhava no século XIX. Até porque, as últimas décadas do século XX demonstraram, claramente, a solidez do neoliberalismo em vários países do mundo, com os processos de privatização que passaram ao poder privado milhões de dólares em bens públicos, experiência também vivida pelo Brasil, nos anos 1990, cujas conseqüências são: o empobrecimento cada vez maior das populações; o aumento da demanda de prestações públicas e, em função disso, a ampliação da necessidade da presença estatal em serviços básicos, principalmente para os mais pobres.[36]

A realidade que os juízes vivenciam, diuturnamente, não permite que eles possam isolar-se no neutralismo formal da legislação, sem avaliar o conteúdo de certas decisões da Administração que se incluem entre as quais cabe ao Executivo escolher a solução mais adequada. Não há possibilidade de se imaginar a velha teoria da discricionariedade como a tese fechada da oportunidade e da conveniência do administrador, de modo especial quando as definições de políticas públicas afetam direitos fundamentais dos administrados, como a vida, a integridade, entre outros. As decisões dos juízes de primeira instância, nesse sentido, têm aumentado consideravelmente nos últimos anos e, nos tribunais, a jurisprudência vem se

[36] Na América Latina, o número de pobres saltou de 200,2 milhões para 221,4 milhões, dos quais 93,4 milhões são indigentes, ainda que o percentual de pobreza houvesse reduzido no mesmo período, de 48,3 para 44 por cento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Panorama social de América Latina 2004.* Comisión Econômica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Cap. I, p. 5. Disponível em: <http://www.cepal.org >. Acesso em: 20 jul. 2005).

encaminhando, de modo visível, para essa direção.[37]

Os próprios tribunais têm adotado, cada vez mais, uma postura pouco passiva diante dos desmandos e, também, da simples ineficiência administrativos, no que caminham no tom das ruas, onde os administrados já não suportam a aplicação de recursos públicos em programas menos importantes, enquanto a esmagadora maioria da população continua pobre, crianças continuam sem escola, saúde ou saneamento básico, entre outros direitos que lhes são negados todos os dias. O administrador público, portanto, só pode escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir com o básico, pois, enquanto não o fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades outras, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.[38]

---

[37] Nesse sentido, decisão do TRF 4ª. Região determinou liminarmente, em Ação Civil Pública, a "[...] execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência" (AI 200404010145703-SC. 4ª. Turma. Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Junior. J. 23.06.2004. DJU. 04.08.2004). Em outra decisão, o mesmo tribunal considerou adequado o caminho da Ação Civil Pública para obrigar a União federal a "[...] realizar estudos técnicos, nas rodovias federais, para sinalização adequada aos preceitos do Código Brasileiro de Trânsito". No acórdão, o juiz relator afirma: "I. A intervenção do Judiciário em questões administrativas é cabível apenas em áreas alheias à margem de discricionariedade do administrador, aquele legitimado ao juízo de oportunidade e conveniência quanto à atuação da Administração, em que se consideram os recursos disponíveis, normalmente escassos, e as inúmeras necessidades. Tais áreas de intervenção admissível são, justamente, as da competência vinculada, em que a conduta da Administração é ditada pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios, que o compõem. II. Considerando que a segurança e a saúde dos administrados e usuários de rodovias, bem como a integridade do patrimônio público que representam, são valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, é de se concluir que atos tendentes a fragilizá-los ou vulnerá-los violam o sistema e extrapolam a discricionariedade. Assim, promover a devida e correta realização de estudos técnicos nas rodovias federais para a devida adequação dos preceitos do CTB à sinalização, em sendo determinadas pelo Judiciário, são medidas que buscam corrigir desvio de conduta vinculada esperada da Administração" (AC 200171030005082-RS. 4ª. Turma. Rel. Juiz Waldemar Capeletti. J. 20.08.2003, DJU 10.09.2003). Ainda da mesma Corte, decisão concedendo tutela antecipada para efeito de retenção de verbas da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), destinada à atualização de tabelas de procedimentos do Serviço Único de Saúde (SUS). O acórdão afirma: "[...] A questão relativa às diferenças decorrentes da aplicação de critério diverso daquele estabelecido em lei para a conversão da moeda no pagamento de serviços médico-hospitalares prestados por entidades conveniadas ao SUS não diz apenas com valores de natureza econômica, mas trata sobretudo de matéria atinente à saúde pública. O descaso do Governo Federal com a saúde pública enseja a atuação firme do Judiciário no sentido de preservar os valores que são sagrados perante a Constituição e que não podem ser desprezados em favor de possíveis pronunciamentos contrários das Cortes superiores. A posição do STJ sobre a matéria, bem como as dificuldades financeiras comprovadas pelo agravante, que acabarão por repercutir na prestação dos serviços médico-hospitalares à população carente, justificam a presença dos requisitos legais para o restabelecimento da tutela antecipada" (AGRAC 200271000274277-RS. 3ª. Turma. Rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. J. 10.08.2004. DJU 18.08.2004, p. 457).

[38] Cf. ROSA, Alexandre Morais da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0. *Op. cit.*. A ação do Ministério Público contra o Município de Joinville reclamava a inversão de prioridades com a desapropriação de área particular, no valor de 1,75 milhões de reais, para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo

Outra limitação capaz de se contrapor a uma atitude menos passiva do Judiciário no controle da Administração tem sido a alegação da "reserva do possível", teoria surgida na Alemanha e amplamente utilizada nos países europeus, segundo a qual, a prestação reclamada pelo administrado deve corresponder ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade, de modo que, ainda que o Estado disponha de recursos e poder de disposição, não há obrigatoriedade de prestar algo que sobressai aos limites do razoável.[39] Isto significa levar em conta que existe um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, referente à disponibilidade material e jurídica de recursos necessários à realização da prestação exigida. Na Europa, essa possibilidade pode ser considerada, já que as prestações públicas podem ser satisfeitas com maior facilidade, dado que a economia dos países é mais estável, os controles sociais são mais eficientes e as políticas públicas atingem o maior número de administrados, cabendo, portanto, a discussão dos limites do Estado social e até a redução das prestações, o que não tem correspondência na realidade brasileira, onde o "[...] Estado-providência nunca foi implantado".[40]

Em conseqüência dessa realidade do Brasil, a margem de manobra do poder Judiciário pode ser bem mais ampla, e sua base descansa em dois critérios: assegurar um "padrão mínimo social"[41] aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Logo, diante da ausência desse "mínimo", o juiz estaria autorizado a decidir sobre políticas públicas que envolvam a realização de obras, quando tal providência for imprescindível e possível. Os critérios para definição do que seja imprescindível não oferecem maior dificuldade, pois as carências, em quase todas as áreas, são significativas, como se pode verificar pelo grande número de ações que chegam ao Judiciário em busca de efetivação de prestações públicas, além das informações que são publicadas, todos os dias, na imprensa.

Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar do Juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC, mas antes da sentença de mérito, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos. O juiz homologou o acordo e o processo foi arquivado.

[39] KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os [des]caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 52 e seguintes. Segundo o autor, a teoria da "reserva do possível" nasceu de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, a qual considerou que o Estado não era obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades, dado que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.

[40] KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os [des]caminhos de um direito constitucional "comparado". *Op. cit.*, p. 52.

[41] O conceito é de COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Op. cit.*, p. 64-90.

Mas decidir sobre o que seja ou não factível nos limites do orçamento do Executivo implica conhecer detalhes técnicos que não são comuns à prática dos magistrados. Assim, uma solução que parece ajustar-se à situação seria a presença de decisões do Executivo que destoam da realidade social, como, por exemplo, investimentos em obras de grande vulto, que não representam satisfação do mínimo social necessário à sobrevivência digna dos administrados, em detrimento das necessidades vitais de áreas prioritárias. Exemplo disso se constata em decisões como a que o juiz determina o suprimento de vagas para crianças fora da sala de aula em detrimento da construção de um estádio de futebol, cuja prioridade, naquele momento, era absolutamente discutível, diante da realidade à qual eram submetidos os administrados.[42] Ademais, o sistema de planejamento instituído pela Constituição de 1988 é dotado de mecanismos para a comprovação de que os objetivos da Carta estão sendo cumpridos pela Administração de forma ampla, democrática e transparente, como a compatibilização do Plano Plurianual com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária do exercício em andamento.[43] Deve-se assinalar que, quando a própria lei mal dimensiona os investimentos públicos, distorcendo as prioridades, cabe a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da norma, conforme o caso, de modo que todas as atitudes relacionadas com a definição e realização das políticas públicas poderão ser fiscalizadas pelo Judiciário.

E tais atitudes não podem ser vistas como "judicialização da política",[44] ou "ativismo judicial",[45] dado que, se uma parcela da população não dispõe de mecanismos de defesa de seus direitos de outro modo que não a ação judicial proposta pelo Ministério Público ou por associações credenciadas a isto, não resta outra

---

[42] Cf. ROSA, Alexandre Morais da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0. *Op. cit.*. A ação do Ministério Público contra o Município de Joinville reclamava a inversão de prioridades com a desapropriação de área particular, no valor de 1,75 milhões de reais, para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar do Juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC, mas antes da sentença de mérito, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos. O juiz homologou o acordo e o processo foi arquivado.

[43] Cf. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

[44] Termo usado por SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Op. cit*, p. 213-226.

[45] COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Op. cit.*, p. 64-90. O uso do termo parece ter o sentido de atividade judicial político ideológica, da forma como o toma o autor.

alternativa ao magistrado que a de acolher o pedido e determinar a correção da situação de extrema gravidade, urgência e injustiça, conforme o caso, através da realização das obras e serviços necessários à efetivação da decisão. O que se exige é a aplicação da lei de acordo com a Constituição, o que é considerado, no Brasil, tarefa mais fácil do que em outros países, onde é necessário realizar um exaustivo trabalho de interpretação, para retirar de vagos princípios as diretrizes da norma.

A Carta brasileira não padece desses males, pois tem caráter analítico, o que implica, apenas, a sua implementação para que sejam alcançados os objetivos de justiça social.[46] Logo, o orçamento público não pode mais ser considerado esfera intocável pelo Judiciário. É importante assinalar a necessidade de que a decisão judicial seja criativa, use de razoabilidade na avaliação das possibilidades do orçamento público, e fixe prazos razoáveis e compatíveis com a execução orçamentária. Diante desses cuidados, não há porque considerar a decisão dos magistrados como "ativismo" judicial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra casos que podem ilustrar a tese, em decisões que tratam do benefício assistencial de um salário mínimo, previsto na Constituição brasileira no art. 203, V, destinado a pessoas que não têm condições de se manter pelos próprios esforços ou de familiares, nos termos da legislação regulamentadora.[47] Ocorre que a Lei n. 8.749/93, que regulamentou o preceito constitucional, exige, além das condições previstas na Carta, também uma renda familiar do paciente não maior do que um quarto do salário mínimo vigente.[48] A teoria

---

[46] SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Op. cit*, p. 213-226.

[47] O texto do art. 203, da Constituição, prevê: "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portador de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

[48] STJ AGA 521467-SP. Rel. Min. Paulo Medina. 6a. Turma. J. 18.11.2003. DJ. 09.12.2003. No acórdão, o Relator afirma: "1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a ¼ do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas". Em outra decisão, o Tribunal rejeitou recurso da Previdência Social contra a concessão do mesmo auxílio a paciente de AIDS, adotando semelhante posicionamento: "A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente; II – O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples ato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene e se vestir, não pode obstar à percepção do benefício, pois, se esta

da reserva do possível, assim, só pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo usados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população desprovida de mecanismos para exercer seus direitos e, especialmente, se isso for progressivo no tempo, por força dos impedimentos causados pela limitação de sua liberdade jurídica, ou das capacidades reais para exercê-las. Sem forças suficientes para atingir determinados patamares mínimos necessários à manutenção da sua dignidade, essa parcela das populações necessita de que o Judiciário faça com que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam aplicados.

Ademais, a Emenda 26 da Constituição inseriu um novo direito social, a "assistência aos desamparados",[49] impondo ainda maior compromisso dos magistrados com as camadas pobres da população, de modo que estão legitimados pela Carta à defesa daquele direito, quando seus titulares não são contemplados com as prestações a que o Estado está obrigado. E essa tarefa enquadra-se na teoria garantista de Ferrajoli[50] mediante dois princípios desta teoria: o da legalidade, que significa que as garantias dos direitos fundamentais estejam asseguradas na legislação, e o da submissão à jurisdição, ou seja, que tais direitos sejam acionáveis em juízo, em relação aos sujeitos responsáveis por suas violações, por ação ou omissão. Os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição brasileira, têm aplicação imediata (art. 5º., § 1º.), assim como os direitos sociais (art. 6º.), e os regulamentados por leis especiais, podendo, cada qual deles, ser reivindicado em juízo, por força da previsão constitucional de sindicabilidade de toda e qualquer ameaça ou lesão de direito (art. 5º. XXXV).

Mais do que simples instrumentos mecânicos de aplicação do Direito, portanto, os magistrados, nesse processo, devem ter uma atuação criativa, encontrando, no próprio ordenamento, as soluções capazes de promover a estabilidade social mediante o atendimento das necessidades básicas das populações. E não necessariamente isso deve ocorrer mediante longos processos judiciais, mas, principalmente, pela intermediação

---

fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador" (STJ REsp. 360202-AL. Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª. Turma. J. 04.06.2002. DJ. 01.07.2002).

[49] O texto do art. 6º. da Carta, alterado pela Emenda n. 26, de 14.02.2000, prevê: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

[50] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. *Op. cit*., p. 734. O art. 5º. § 1º. da constituição brasileira tem o seguinte texto: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O texto do art. 6º. da Carta prevê: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

que os julgadores podem desenvolver no sentido, sempre, de compor as partes, para que, ao final, possam os administrados receber, efetivamente, as prestações a que têm direito. Nesse sentido, a atividade judicial exige do magistrado, em maior ou menor grau, um papel criador, de modo a atribuir a relevância devida a um ou outro fato determinado, encontrando as soluções para as lacunas e antinomias, na composição do que se convencionou chamar de "casos difíceis", e também esclarecendo o significado de conceitos jurídicos indeterminados.[51]

As políticas públicas, portanto, não integram terreno vedado à fiscalização do Judiciário, podendo ser avaliadas pelos juízes, desde que estes adotem técnicas jurídicas capazes de tornar essa avaliação viável, dando legitimidade e consistência ao controle da administração. Entre as técnicas já consagradas, estão as teorias dos motivos determinantes – razões de direito ou considerações de fato, avaliadas de modo objetivo, sem a influência das quais o órgão administrativo não teria manifestado sua vontade nos termos colocados, ou premissas das quais se extrai a conclusão, que é a decisão administrativa[52] – e do desvio de finalidade, manifestado quando a prática do ato administrativo, baseada na atitude do agente, volta-se a uma finalidade de interesse privado, ou até a outro fim público, mas estranho às previsões normativas,[53] além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Vários dispositivos legais do ordenamento brasileiro contemplam essas técnicas, como nas Leis da Ação Popular e do Procedimento Administrativo, entre outras, também consagradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.[54] Deve-se assinalar, então, que, aos juízes, não é tudo

---

[51] A propósito, veja-se COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Op. cit.*, p. 64-90. O autor cita pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), de 2000, na qual 73,1% dos juízes ouvidos manifestaram-se no sentido de que "[...] o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos". Na mesma pesquisa, 52,9% dos magistrados declararam que apenas ocasionalmente adotam decisões mais "[...] baseadas em suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei", enquanto 21,5 por cento afirmaram nunca tomar decisões com base em suas visões políticas, e apenas 4,2% disseram seguir essa orientação sempre.

[52] CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 435-436.

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

[54] A Lei n. 4.717/65 (Ação Popular) prevê no art. 2º. "São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior nos casos de: [...] d) inexistência de motivos; e) desvio de finalidade; Parágrafo Único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência de motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência". Na Lei n. 9.784/99 (Procedimento Administrativo), art. 2º., lê-se: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa,

permitido, e nem deve ser. Mas eles "[...] podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia da construção da felicidade de cada um e de todos".[55]

O Judiciário, no caso do controle das políticas públicas, deve ser visto com uma das funções da soberania do Estado em ação, quando atua no suprimento da ausência do legislador ou da Administração. Na esteira do raciocínio de Alexy,[56] pode-se afirmar que, quando um juiz ou um tribunal age em defesa de falhas, tanto do Executivo, quanto do Legislativo, não está atuando contra a população, mas em nome dela, contra seus representantes políticos, demonstrando que o processo político falhou, do ponto de vista dos critérios "jurídico-humanos" e "jurídico-fundamentais", exigindo dos cidadãos a aprovação dos argumentos do tribunal, quando aceitam a argumentação "jurídico-constitucional racional".[57] Completa o autor, afirmando que, quando há a estabilização de um processo de reflexão entre a coletividade, legislador e tribunal constitucional de forma duradoura, "[...] pode-se falar em institucionalização que deu certo dos direitos do homem no Estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados".[58]

CONCLUSÃO

As questões avaliadas neste estudo, portanto, impõem a adoção de um controle da administração que leve em conta a adoção de um novo conceito de discricionariedade, o qual implica em que aquela contemple, com absoluta prioridade, o suprimento das necessidades básicas das populações que dependem das prestações estatais, ou seja, a composição de um mínimo essencial que permita a vida com dignidade, como, por

---

contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". O Superior Tribunal de Justiça decidiu, nesse sentido: "[...] 2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade 'aquilo que não pode ser'. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado" (STJ-REsp. 443310-RS. Rel. Ministro Luiz Fux. DJ 03.11.2003).

[55] COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Op. cit.*, p. 64-90.

[56] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 55-66.

[57] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 55-66.

[58] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Op. cit.*, p. 55-66.

exemplo, proporcionar escola e saúde para todas as crianças, e atendimento social a todos os necessitados. Cumprida essa exigência, restaria, ao administrador, a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas e legais, na esteira do conceito tradicional da discricionariedade, definindo-se por políticas públicas que não guardam características de prioridade para os administrados.

Neste raciocínio, torna-se imperioso ter presentes as mudanças registradas nas últimas décadas, com relação à rigidez do princípio da separação dos poderes, o qual já não pode ser observado sob a ótica de uma espécie de fundamentalismo religioso, mais retórica do que objetiva, e abrangendo somente alguns aspectos, de forma assistemática.

A concepção atual do princípio deve ser tomada levando-se em consideração que o passado histórico da tripartição dos poderes a vincula, de modo estreito, à tutela da liberdade, não sendo, de qualquer modo, obrigatória, a necessidade de uma rígida separação de poderes estatais para o alcance desse objetivo, tese que, definitivamente, deve ser relegada ao campo dos mitos.

A comprovação desse mito pode ser observada, especialmente, nas relações entre Legislativo e Executivo, tanto em sistemas parlamentaristas, quanto presidencialistas. Percebe-se, assim, que, na maior parte dos casos, o governo e as maiorias parlamentares são a expressão de um mesmo partido ou coalizão de partidos. Logo, destaca-se a ausência de verdadeira autonomia do Legislativo diante do poder Executivo, pois grande parte das leis aprovadas é de iniciativa do governo. Enquanto isso, este dispõe de um grande poder regulamentar e de planejamento, tanto autorizado pela Constituição, quanto atribuído pela legislação ordinária.

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais sociais, nas atuações do poder Executivo que se desviam das prioridades, deixando de assegurar direitos básicos à saúde, à subsistência e à educação, entre outros. Estas ações serão passíveis de controle mais rígido do magistrado.

No campo procedimental, observa-se que a atuação do juiz, aqui, não interfere no poder Executivo, apenas promove uma correção de rumos, mediante critérios objetivos de distinção das diversas situações de prioridade para a população, a serem aferidas mediante provas periciais, para que os recursos, efetivamente, atendam ao interesse

maior, que é a razão da existência do Estado, aplicando-se, ao caso, a posição do Ministro Luiz Fux, o qual, ao relatar, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, afirmou que diante de determinadas circunstâncias, está afastada a alegação de "ingerência entre os poderes," uma vez que o Judiciário, sob a justificação de malferimento da lei, pode determinar a realização de tarefas que resgatem a efetivação prática das promessas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

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

ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 85, p. 5-26, ene./mar. 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Organizado por: Michelangelo Bovero. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. 9. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 717 p.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 230 p.

CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli e el debate sobre los derechos fundamentales. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Debate con Luca Bacelli *et al.* Edição de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001, 391 p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001. 195 p.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.414 p.

_____. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 17, jan./fev. 2003, p. 13-24.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 28, p. 64-90, nov./dez. 2004.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica*: un estudio crítico de la jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1997.

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

DOEHRING, Karl. Estado social, Estado de derecho y orden democrático. . In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernest; DOEHRING, Karl. *El Estado*

Social. Traducción de: José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de: João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996, 393 p.
ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. In: ESPAÑA. Ministerio de Justicia. *Anuário de Filosofia del Derecho*. Madrid, 1990.
FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 3. ed. ampl. Madrid: Civitas, 1999.
_____. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrário. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct./dic. 1993.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de: Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.
_____. *Derechos y garantías*: La ley del más débil. 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales:* apuntes de historia de las constituciones. 4. ed. Traducción de: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996.
GIANNINI, Massimo. *Apud* DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica*: un estudio crítico de la jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1997.
GUIMARÃES, Ulisses. *Constituição cidadã*. Disponível em: <www.fugpmdb.org.br/c_cidada.htm> Acesso em: 26 set. 2005.
HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 352 p.
IGLESIAS VILA, Maria. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. In: UNIVERSIDAD DE ALICANTE. *Doxa*: cuadernos de filosofia del derecho. Alicante, ES: 2000.
KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.
LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Traducción de: L. Diez Picazo. Madrid: Civitas, 1985. 202 p.
MACHADO, UIRÁ. Para especialista, proposta de revisão constitucional é golpe. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A-14, 15 ago. 2005.
MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa*: Emenda Constitucional n. 19/98. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Panorama social de América Latina 2004.* Comisión Econômica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Cap. I, p. 5. Disponível em: <http://www.cepal.org >. Acesso em: 20 jul. 2005.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar*: dos funciones constitucionales distintas y complementárias. Madrid: Tecnos, 1993.
PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.173 p.
ROSA, Alexandre Morais da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0.
SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa.* Madrid: Civitas, 1976. 357 p.
SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Instituto de España/Espasa Calpe, 1991. 164 p.
SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". *Interesse público*, Porto Alegre, n.17, p. 56-74, jan./fev. 2003.
SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
STARCK, Christian. *Apud* KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.
TÁCITO, Caio. *O desvio de poder nos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 320, p. 3.
WEATLEY, Jonathan. Crescimento pode causar novo apagão no Brasil. Trad. Danilo Fonseca. *Financial Times*. 15.10.2004. Disponível em <http://www.uol.com.br>. Acesso: 25.10.2004.