

# O controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais

Mário de Castro Reis Neto<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo revisitar a tradicional teoria da separação dos poderes a fim de investigar os parâmetros pelos quais um determinado ato administrativo discricionário poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, ou ainda se tal atuação é permitida pelo atual ordenamento constitucional. Por meio de uma revisão doutrinária, identificar-se-á quais são, atualmente, os principais argumentos utilizados a favor e contra a atuação do Poder Judiciário em questões de fundo administrativas, principalmente quando em revisão do mérito do ato administrativo discricionário. Inicialmente, foi revisitada a teoria do positivismo, que orientou a atuação do Poder Judiciário pautada pela força normativa da lei e as consequências dessa atuação. Entretanto, também trouxe o estudo e o cotejo das teorias denominadas críticas do pensamento jurídico, que se pautam pela centralidade axiológica do ser humano. É partindo dessa premissa de centralidade do ser humano em relação ao ordenamento jurídico que o presente estudo se propõe a analisar a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais.

303

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Discricionariedade. Ato Administrativo. Poder Executivo, Poder Judiciário. Controle judicial.

## Resumen

Este trabajo pretende revisar la teoría tradicional de la separación de poderes para investigar los parámetros por los que se puede, un cierto acto administrativo discrecional, considerados por el Poder Judicial, o si tal acción es permitida por las disposiciones constitucionales vigentes. A través de una revisión de la doctrina, se identificarán cuáles son actualmente los principales argumentos dados por y contra el poder judicial en los asuntos administrativos de fondo, especialmente al revisar los méritos de una discrecionalidad administrativa. Inicialmente, se volvió a examinar la teoría del positivismo, que ha guiado la labor de la judicatura guiada por la fuerza normativa de la ley y las consecuencias de esa acción. Sin embargo, el estudio también trajo la comparación de teorías llamadas pensamiento jurídico crítico, que se basan axiológica por la centralidad de los seres humanos. Es a partir de esta premissa la centralidad del hombre en relación con el sistema legal que este estudio es analizar el papel del poder judicial en el control de las políticas públicas que promueven los derechos fundamentales.

**Palabras-clave:** Política Pública. La discreción. La Ley de Administración. Ejecutivo. Poder Judicial, el control judicial.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito, Especialista em Direito Público, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença/RJ, advogado e palestrante; E-mail: castro@scbradvogados.com.br

## Introdução

A função desempenhada pelo direito nos últimos anos vem sendo repensada a partir de novos paradigmas que impõem, sobretudo, uma visão meta jurídica sobre o modelo globalizado em que a sociedade se encontra.

Aliado à estrutura elaborada pelas tradicionais doutrinas de Montesquieu e Kelsen, o Judiciário assumiu por muitos anos um papel cômodo de mero aplicador da lei; estático em seu atuar, desconsiderando fatores econômicos e sociais bem como a repercussão social de suas decisões.

Inerte, assistiu o Judiciário o crescimento dos outros Poderes da República, notadamente o Executivo. Entretanto, não foi capaz de observar o desenvolvimento de setores da sociedade em uma busca quase incessante por adquirir poder econômico. Escondeu-se atrás de teorias positivas para não imiscuir-se em questões de alta indagação, como a análise judicial da conveniência e discricionariedade do ato administrativo, mormente quando aplicador de políticas públicas. Criou-se assim, um *déficit* democrático no qual prevaleceu por muitos anos o entendimento dos outros poderes que, balizados por interpretações apriorísticas dos princípios e normas constitucionais, não foram questionados sobre aspectos, inclusive constitucionais, de seus atos.

Os tempos são outros. Modernamente, cientistas políticos desenvolveram uma atenção especial pelo funcionamento do Poder Judiciário, interessados em analisar a quebra desse paradigma formalista-positivista e as consequências possíveis à sociedade.

A superação desse modelo formalista-positivista exige do atual hermeneuta uma readequação de inúmeros institutos jurídicos que não obstante terem servido aos ideais liberais do estado de direito, contemporaneamente não se encaixam naquilo que vem sendo denominado pela doutrina como novo constitucionalismo<sup>2</sup>. Tampouco, se encaixa nos anseios atuais da sociedade.

Entre tais institutos que merecem uma reanálise destacam-se a própria eficácia vertical da teoria da separação de poderes, o conceito de soberania (que mediante os fenômenos atuais advindos das diversas formas de globalização, está sendo repensado pela academia jurídica), e o próprio papel do Poder Judiciário no controle da administração pública, denominado por alguns indevidamente como “ativismo judicial”<sup>3</sup>.

Nesse artigo, será feita uma abordagem da atividade judicante e de seus limites constitucionais, de forma a entender se é possível e de que forma é possível a atuação do Poder Judiciário no controle da discricionariedade do ato administrativo, mormente quando for ele implementador de políticas públicas.

<sup>2</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>3</sup> A expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez em 1947 pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Jr., na *Revista Fortune*, com o intuito de identificar o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana. O jornalista identificou dois grupos de juízes na Corte Americana, quais sejam, o grupo de Black-Douglas e o grupo de Frankfurter-Jackson. O primeiro preocupava-se em solucionar os casos de acordo com a sua concepção social, isto é, enxergava a Corte como um meio de obter os resultados socialmente desejáveis. O segundo, ao contrário, defendia o uso da Corte como um instrumento para permitir que os outros poderes realizassem a vontade popular, apresentando, desta forma, uma atitude de autocontenção judicial.

## A corrente de pensamento do positivismo e o positivismo-jurídico

Augusto Comte, filósofo francês que viveu entre os séculos XVIII e XIX, foi o principal expoente da corrente sociológica denominada positivismo. Comte, com sua linha de raciocínio, influenciou os pensadores da época, dos mais variados círculos de abrangência, contribuindo para o desenvolvimento de um pensamento crítico que tomou conta da Europa, principalmente no século XIX.

A doutrina positivista cunhada por Comte rejeita o conhecimento metafísico, afirmando que o conhecimento deve limitar-se a dados obtidos pela experiência. Assim, defendeu o filósofo francês a ideia de que tanto os fenômenos da natureza como os da sociedade são regidos por leis invariáveis e inflexíveis. Seria verdadeiro tudo aquilo que fosse empiricamente verificável. Para essa escola, o desenvolvimento da humanidade depende exclusivamente da experiência científica, único meio capaz de transformar a sociedade.

Desta corrente filosófica surgiram inúmeras outras dela decorrentes dentre as quais se destaca como principal a escola positivista inaugurada pelo jurista austríaco Hans Kelsen.

Nascido no século XIX, Kelsen é um pensador além de seu tempo. Apresentou ao mundo, já no século XX, sua principal obra denominada *Teoria pura do direito*, onde analisou de forma avaliativa o direito então vigente nas sociedades europeia e americana.

Kelsen, contribuindo para a inclusão do direito no ramo das ciências sociais, formulou sua teoria fundamentando ser o direito uma ciência da qual se desprendiam fatores externos, como a moral, a sociologia, a política, a filosofia, etc.

Pensando cientificamente, pretendia Kelsen atingir os objetivos epistemológicos da objetividade e neutralidade da norma, expulsando desta todo e qualquer juízo de valor existente.

O direito se resume, a partir de então, e na visão daqueles positivistas, à lei vigente, não havendo nada acima dele – e dela – que funcione como parâmetro na aferição de sua justeza. Nesse sentido, validade da norma se confunde com a sua eficácia.

Resumindo o pensamento kelseniano, a transcrição de parte de seu prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito* diz:

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. VII.

Desta forma, como se percebe em síntese apertada do pensamento do jurista austríaco, na corrente positivista-jurídica não há margem, ou a margem é mínima, para o hermeneuta interpretar a norma, funcionando este como um mero aplicador da lei. Aliás, o próprio Judiciário era entendido dentro deste paradigma, não possuindo liberdade de interpretar o sentido da norma e adequá-la aos anseios da sociedade daquele tempo.

Contribuindo para o entendimento da corrente, Ana Paula Repolês Torres<sup>5</sup> afirma:

“Definindo mais detalhadamente a norma jurídica, Kelsen a considera um esquema de interpretação do mundo, pois, partindo da distinção entre os dois mundos, ser e dever-ser, afirma que o que interessa ao jurista não são os fatos, mas a significação jurídica a eles atribuída. Por exemplo, a morte de uma pessoa, um fato natural, pode ter relevância jurídica quando, por exemplo, o falecido deixa bens, devendo então ser aberta sua sucessão testamentária. No âmbito penal, uma ação humana não é criminosa por si só, ou seja, é o direito que lhe atribui tal sentido.”

José de Deus Luongo Da Silveira, escrevendo sobre essa corrente em artigo intitulado *Algumas considerações sobre de critério da verdade do direito*, elucida com a seguinte passagem:

“A ciência jurídica fica reduzida ao direito positivo e o direito positivo se unifica com o Estado, formando um estatismo jurídico. Sobre essa realidade, diz Wolkmer: ‘O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado’. A verdade ontológica foi habilmente arredada do campo do direito, pois se trata de um questionamento metajurídico que não interessa à ciência jurídica; a única verdade é o valor objetivo e absoluto da norma.”<sup>6</sup>

Não era permitido aos juízes transformar a sociedade através da interpretação da lei, uma vez que se subsumiam apenas a aplicadores burocráticos do texto normativo. Em contrapartida, se “protegia” a sociedade de um Judiciário ativista. Impedia-se a “legislatura judicial” ou “ativismo judicial”, que, por muitos, é entendida como uma perigosa manifestação do direito.

Posteriormente, Hans Kelsen foi alvejado por críticos das denominadas “Teorias Críticas do Direito”, que se preocupavam com os *déficits* éticos da teoria jurídica kelseniana e com o conseqüente desestímulo aos juristas para avançarem seus pensamentos criticamente, uma vez que não há, como dito acima, margem para interpretações destoantes da prescrita no texto normativo.

<sup>5</sup> TORRES, Ana Paula Repolês. *Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Revista CEJ, Brasília, v. 33, p. 72-77, 2006. ISSN/ISBN: 141408X.

<sup>6</sup> SILVEIRA, José de Deus Luongo da. *Algumas considerações sobre de critério da verdade do direito*. Disponível em: <<http://www.via-rs.net/pessoais/joseluongo>> Acesso em 16 julho de 2011.

## A crítica ao pensamento positivista – A escola do pensamento jurídico crítico<sup>7</sup>

As críticas mais contundentes dirigidas ao raciocínio lógico-formalista defendido entre outros, mas especialmente por Kelsen, encontram-se nos partidários da escola de pensamento denominada Teoria Crítica do Direito ou Teoria do Pensamento Jurídico Crítico.

Amparados por fatos sociais que não podiam ser explicados através do positivismo sem que se chegasse a conclusões teratológicas, o pensamento jurídico, nos primeiros quartos do século passado, viu-se desprestigiado academicamente, assistindo ao crescimento de teóricos que abririam caminhos para um estudo mais elevado acerca da função do direito na sociedade, bem como a sua ideal interpretação.

Sobre esse período de transição e o novo paradigma que se pretendia estipular, Lacombe Camargo<sup>8</sup> diz:

“Como vimos, a ideia era a de que a atividade jurisdicional ficasse circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feitas pelo Estado capaz de gerar uma norma individual como sentença para cada caso concreto.

No entanto, as correntes que veem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se em opor severas críticas ao positivismo kelseneano, apontando para a falibilidade do modelo lógico-dedutivo. Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se o seu valor meramente potencial. Este movimento, que encerra o predomínio da dogmática tradicional, é denominado pós-positivismo”.

Eros Roberto Grau, na mesma linha de raciocínio, refutando a visão objetiva/formalista do direito, afirma que “O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. (...) Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável”<sup>9</sup>.

Busca-se então, com esse novo paradigma, uma nova interpretação do fundamento do direito, com um direcionamento racional, ético, subjetivo que, contudo, de maneira alguma retira o caráter científico próprio da matéria. E é nessa constante busca em se transformar o fundamento do direito que se encontra a sua valoratividade.

Essa nova visão não se coaduna com a limitação imposta pelo positivismo ao Judiciário, que, como dito, durante tempos, era visto como um mero aplicador da lei, agente objetivo no processo de busca por justiça.

<sup>7</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5-8.

<sup>8</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 131-32.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

Não se pode, na visão moderna do direito, impor limites ao pensamento jurídico – mesmo que estabelecidos pela norma – para considerá-la superior até mesmo aos ideais que a inspiraram. Ora, e se tais ideais mudarem dentro do contexto social, que é mutante e encontra-se em constante evolução?

Para o positivismo, a solução seria demasiadamente simples: a revogação da norma e a edição de outra que atenda aos novos preceitos sociais; ou então afirmar que as demandas sociais já estariam encampadas pelo texto normativo, fechando assim os olhos para o avanço científico da matéria e para a evolução social.

A Teoria Crítica do Direito abre espaço para os hermenutas realizarem uma interpretação social da norma, adequando-a constantemente aos anseios da sociedade, privilegiando um direito moderno e dinâmico em contraste com um direito estanque e imobilizado. Nessa nova visão do fundamento do direito, importa mais o caso concreto e suas peculiaridades.

O Brasil é um país de tamanhos continentais. É natural que o ordenamento jurídico não se amolde com total pureza aos inúmeros contornos regionais existentes, o que só reforça o argumento da Teoria Crítica, que privilegia a maleabilidade da norma, buscando sua verdadeira função social. Isso permite ao aplicador do direito adequar a situação conflituosa do caso concreto a um sentido por diversas vezes até mesmo novo da lei, mas em conformidade com um preceito maior, como os princípios do direito. E o ordenamento jurídico é repleto de princípios que o tornam aerado às mutações sociais.

308

Diz a Teoria Crítica que o direito é encarado de forma pluralista, democrática e rejeitando a dogmática, “Tudo para excluir e evitar a coisificação do homem, que não é mais ser, e sim ter. A racionalização produzida pelo capitalismo é consumista e antissocialista, reprime e aliena o homem. Enfim, leva a desigualdades homéricas e a injustiças faraônicas.”<sup>10</sup>

A Teoria Crítica privilegia a instrumentalidade da norma enquanto meio de transformação social, concedendo aos operadores desta os elementos necessários para adequar o meio jurídico ao tempo em que é vivido. De que adianta um direito estanque senão para legitimar objetivos outros que não a defesa dos interesses da sociedade e em última análise, da dignidade da pessoa humana?

Dentro desse contexto, o papel do Poder Judiciário é destacado, pois é ele o instrumento de que necessita a Teoria Crítica para ser aplicada. De nada adianta um Judiciário preocupado simplesmente com o texto da lei e vendado – como a deusa que o inspira – para os detalhes do caso concreto.

Como assevera Thiago Bottino do Amaral, essa visão crítica do positivismo é:

“responsável pelo surgimento e crescimento de um fenômeno socio jurídico responsável pela assunção, pelo Poder Judiciário, de responsabilidades do Estado que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo desempenharem, consubstanciada numa atuação política com preocupações morais e com

<sup>10</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto, SCAPIM, Luciana de Oliveira. *Breves considerações sobre a Teoria Crítica do Direito*. 2004. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/xl/73/55/735>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

a pretensão de distribuir justiça social por meio das decisões judiciais. O movimento de reação ao formalismo jurídico que caracterizava o positivismo normativista é denominado protagonismo judicial<sup>11</sup>.

Essa nova visão hermenêutica possibilita que se retome a discussão da atividade jurisdicional no controle (positivo ou negativo) de políticas públicas. Tal atividade deverá, contudo, ser balizada por diversos fatores, dentre os quais se destacam como principais: fatores econômicos, sociais e éticos, que, quando analisados em conjunto, poderão proporcionar avanços científicos sobre o tema, ainda pouco discutido na doutrina.

Visto, ainda que de forma sucinta, posto que o objetivo deste estudo não é esgotar o tema, mas propor uma discussão sobre ele, é necessário analisar como as políticas públicas são feitas e de que forma o Poder Judiciário pode analisá-las em seu conteúdo, pois não existem dúvidas de que, sendo elas implementadas por atos normativos advindos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, sua forma pode ser alvo do crivo judicial.

## **A concepção de políticas públicas e a centralidade axiológica da pessoa humana**

Só recentemente é que o estudo das políticas públicas ganhou relevante interesse dos juristas, preocupados em analisar os objetivos e as finalidades da atuação estatal para melhorar as condições de vida de seus cidadãos.

As obras que tratam do assunto, ou seja, da análise jurídica das políticas públicas, não obstante o brilhantismo alcançado, ainda são poucas, o que torna mais difícil chegar-se a uma conclusão estreme de dúvidas acerca do assunto. E a matéria, estranhamente, não ganha relevância – pelo menos da doutrina – quando tais políticas públicas se põem a implementar ou a garantir um direito fundamental. Aflige mais o fato de que tais raras obras analisam a formulação e a implementação de políticas públicas somente sob o enfoque jurídico, o que diversas vezes deixa descontentes os cientistas políticos ortodoxos e economistas.

Quando o Estado se apresentava não intervencionista, garantidor das liberdades públicas, limitando-se a não se intrometer na vida de seus cidadãos, pode-se dizer que não havia políticas públicas de interesse jurídico, nem mesmo que elas eram destinadas a garantir direitos fundamentais. Foi somente quando o Estado passou a desempenhar um papel mais ativo na sociedade, avocando para si a função de elaborar e executar políticas sociais positivas é que se percebe um avanço significativo nos trabalhos acerca da matéria.

Tal processo evolutivo pode ser melhor visualizado no período Pós-Segunda Guerra Mundial quando o Estado, assolado por necessidades prementes da sociedade (emprego, saúde, educação, saneamento, moradia, alimentação, etc.), passou a intervir diretamente no domínio econômico, surgindo assim o interesse do direito pelo estudo das políticas públicas.

<sup>11</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança por meio da estruturação da ponderação: critérios para ponderação em matéria penal. *Jus navigandi*, ano 9, n. 814, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7274>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

O interesse jurídico pela análise das políticas públicas, como assevera Marília Lourido, deu-se em decorrência, principalmente, dos seguintes fatores:

- a) Estarem ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado prestações positivas e significam o alargamento do leque de direitos fundamentais;
- b) O desenvolvimento de certos setores e atividades do mercado significou a geração de novas demandas, como os direitos dos consumidores, que transitam entre as atividades econômicas e a regulação estatal;
- c) O planejamento inerente à noção de políticas públicas tornou-se necessário para garantir maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal. Importa elevar o nível de racionalidade das decisões, evitando processos econômicos, sociais e políticos de cunho cumulativos e não reversíveis, em direções indesejadas.”<sup>12</sup>

De tal modo, as políticas públicas compreendem as decisões de governo em diversas áreas que influenciam a vida de um conjunto de cidadãos. São os atos que o governo faz ou deixa de fazer e os efeitos que tais ações ou a ausência destas provocam na sociedade. Assim, as políticas públicas expressam a postura do poder público em face das necessidades dos diferentes agentes que compõem a sociedade. Tais agentes, lógico, são as pessoas humanas.

Não entende de outra forma Áppio<sup>13</sup>, pois menciona em sua obra que:

“As políticas públicas podem ser conceituadas [...] como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”.

E continua, dizendo que a finalidade da política pública é “assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos (...) promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas (...) garantir igualdade real de oportunidades através da atuação dos órgãos da administração pública”<sup>14</sup>.

Todos os cidadãos, em sentido amplo, têm direitos a demandarem do Estado prestações positivas ou abstenções comportamentais. Exemplos desses direitos são os estampados nos artigos 3º e 5º constitucionais, bem como no artigo 7º, dentre diversos outros retirados do texto da Carta Política de 1988. Exemplificando, os cidadãos possuem o direito ao desenvolvimento nacional, a verem diminuídos os níveis de pobreza e marginalização, à propriedade, à saúde, à educação, à segurança pública, dentre inúmeros outros.

<sup>12</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus navigandi*, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

<sup>13</sup> ÁPPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 145.

Tal entendimento é devido pela própria natureza da pessoa humana e seu sentido ontológico de “ser” analogado ao “Ser” supremo<sup>15</sup>.

O comando constitucional demanda assim que o executivo não aplique somente o texto normativo, em posição semelhante a que se submetia o Judiciário não muito tempo atrás, mas enseja uma ação direta na formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas voltadas a garantirem os preceitos constitucionais mencionados de forma exemplificativa acima, garantidores dos direitos fundamentais.

Não pode o Executivo, em face do atual ordenamento constitucional, permanecer inerte, quando necessária é a ação, pois é sua a missão precípua de garantir a dignidade a todos os cidadãos.

Entretanto, valendo-se novamente de Áppio, pode-se distinguir políticas públicas de naturezas sociais e de natureza econômica. Para esse autor, no Brasil se desenvolvem esses dois tipos de políticas, “ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos”.<sup>16</sup>

A primeira, prima pela distribuição de bens sociais fundamentais por parte dos governantes eleitos para a garantia dos direitos fundamentais (usualmente entendidas como as políticas de educação, saúde, previdência, habitação, saneamento etc.) ao passo que a segunda demanda a atuação direta do Estado intervindo na economia privada. Pode-se dizer, portanto, que ambas possuem como última *ratio* a pessoa humana. Na primeira espécie, tal razão é fácil de ser verificada, pois a política pública visa à implementação de um direito fundamental. Na segunda, mais difícil de ser visualizada, também encerra a atividade estatal uma promoção do interesse público, tendo em vista a segurança da coletividade social.

De uma forma ou de outra, agindo mediante políticas públicas de natureza social ou econômica, o norte estatal sempre será a pessoa humana e isso é devido em razão de sua centralidade axiológica.

Todo o ordenamento social é tecido tendo como elemento central o homem, individualmente considerado de *per si*, ser ontológico e dotado de valores que impõem, a todos, seu reconhecimento.

Cleyson de Moraes Mello, em artigo científico publicado recentemente, diz que:

“A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de *a priori* do conhecimento na ontologia como hermenêutica da faticidade, como analítica existencial. É, pois, o Dasein como ser-no-mundo, como pressuposto de qualquer teoria do conhecimento ou fenômeno jurídico”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> O termo analogado supremo é utilizado por Edgar de Godoi da Mata Machado em artigo denominado *O conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica*. Como diz o autor, o conceito de pessoa natural não é simplesmente uma construção do pensamento jurídico, mas decorrente do reflexo desta com Deus, o analogado supremo. Cf. MACHADO, Edgar de Godói da Mata. Conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, out. 1954.

<sup>16</sup> ÁPPIO, Eduardo. Op. Cit. p. 136.

<sup>17</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica filosófica e a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Legis Augustus (Revista Jurídica)*. vol. 3, n. 1, p. 5-15, setembro 2010. ISSN: 1516-9367.

É o ser humano a razão das políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo. Portanto, não podem se desviar do seu objetivo primário, que é buscar dignificar o homem através delas.

Somente pelos olhos da dogmática, portanto, pode-se temer pelo novo modelo paradigmático que se propõe, posto que introduz uma visão correlata do direito e da política pública, tendo como norte sempre a centralidade axiológica da pessoa humana. Entretanto, é essa mesma característica que reforçará o argumento e permitirá que o Poder Judiciário analise questões de mérito administrativo para fiscalizar o objetivo da política pública e sua promoção social.

## **O controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais**

Corrente de peso na doutrina nos diz que o controle jurisdicional dos atos administrativos prima pela limitação do Judiciário em examinar o mérito de certos atos da administração. Restringe-se o Judiciário apenas a aspectos de legalidade da atividade administrativa.

O Judiciário, na visão dessa corrente jurídica, que se apoia principalmente no princípio da separação dos poderes, deve se abster de apreciar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, em tese, apto a alcançar o interesse público.

Maria Silva Zanella Di Pietro, por exemplo, não aceita o controle jurisdicional do mérito administrativo, pois, ao realizá-lo, o Judiciário apresentará seus próprios critérios em substituição à “*opção legítima*”<sup>18</sup> fixada pela autoridade competente, aniquilando a autonomia entre os poderes.

A jurisprudência predominante ainda não se desvinculou do pensamento também adotado pela autora administrativista, sendo poucas as decisões de tribunais que podem ser catalogadas como manifestação do controle judicial de mérito.

Entretanto, apesar de ainda serem esparsas as decisões nesse sentido, pode-se perceber uma constante e crescente atenção, principalmente da doutrina, na análise da legitimidade da atuação judicial no controle do mérito do ato administrativo discricionário.

No Judiciário, pode-se perceber que os Tribunais Superiores aglutinam a maior concentração em números proporcionais, de decisões que analisam essa possibilidade. Assim podem ser destacadas algumas que enfrentaram esse dogma e permitiram analisar o ato administrativo não somente quando eivado de vício de legalidade, mas quando seu conteúdo apresentou-se em desconformidade com os princípios vetores constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, etc.).

Importante, por ser elucidativa, a transcrição de parte do voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Orozimbo Nonato da Silva, no julgamento dos Embargos na AC nº 7.307, onde foi relator o Ministro Castro Nunes. Orozimbo assim se manifestou:

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.

“Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual da legalidade extrínseca e não do seu mérito intrínseco, ou seja, da sua justiça ou injustiça. A essa tese jamais darei meu invalioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, a cabo de contas, o Poder Judiciário? A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, por que a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre cidadãos e o estado.”<sup>19</sup>

Nesta mesma linha, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“AG – Agravo de Instrumento – 68235 PROCESSO: 98.03.063407-0. Constitucional. Contrato para comercialização de álcool hidratado. Portaria nº. 102/98. Postergação do prazo para liberação de mercado. Violação dos princípios da moralidade, boa-fé e segurança jurídica. Agravo de instrumento provido. I - As Portarias nº 102/98 E 275/98, emanadas pelo Ministério da Fazenda, postergando a liberação de preços do álcool hidratada, acarretaram prejuízos às empresas do setor sucroalcooleiro que contrataram com as distribuidoras, com base nas regras de livre mercado existentes à época. II - Violação dos princípios da moralidade, boa-fé e segurança jurídica, pela administração pública, tendo em vista os contratos já realizados. III - Agravo de instrumento provido.”<sup>20</sup>

313

Defender a possibilidade de atuação do Judiciário nesta esfera significa conceder poderes para interpretar conceitos jurídicos indeterminados como os que foram levantados no julgamento acima: boa-fé, moralidade e segurança jurídica. Implica ainda permitir a análise do interesse público e dos critérios de eficiência utilizados na elaboração de políticas públicas.

Esse tipo de atuação receberá crítica das mais variadas ordens.

Ana Paula de Barcellos<sup>21</sup>, entretanto, sistematizando as principais críticas que se apresentam à possibilidade do Poder Judiciário enfrentar o mérito administrativo de atos discricionários, agrupa alguma delas.

A primeira crítica que é sistematizada pela autora fluminense, congrega argumentos relacionados à teoria da constituição.

<sup>19</sup> Embargos na AC nº. 7.307, Relator Ministro Castro Nunes.

<sup>20</sup> Agravo de Instrumento nº 68235 – PROCESSO: 98.03.063407-0.

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Daniel Sarmiento e outro (Org). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 606-616.

Essas críticas que se fazem à atuação do Poder Judiciário no controle jurídico do mérito do ato administrativo discricionário levam em consideração a divisão que a teoria da separação dos poderes realiza em torno das atividades do Estado. Com efeito, a Constituição definiu a esfera de competência de cada um dos poderes estatais e os incumbiu de fiscalizarem-se, mutuamente, pelo exercício dessa competência.

Isso, pois a proposição e implementação de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais é uma atividade própria da Administração, composta por *policy makers* eleitos democraticamente.

Como pode o Judiciário, que não possui tal característica na formação de sua composição, imiscuir-se em uma atividade que goza de tamanha (ou pretensa) legitimidade?

Analisando justamente esse fato, afirma Jerry L. Mashaw<sup>22</sup>, professor da *Yale Law School*, que:

“Notwithstanding its centrality in modern democratic governance, judicial review of administrative action remains continuously contestable. Complaints of the incompetence, impertinence and irrelevance of judicial review are at least as common as praise of judicial review’s efficacy. Responding to these pervasive critiques, the specific practices and procedures of judicial review of administrative action are subject to constant amendment, revision, and, occasionally, major reform.

The reasons for judicial review’s contestability, I will argue, are the mirror image of the reasons for its ubiquity. Judicial review of administrative action simultaneously supports other accountability mechanisms that bolster democratic governance and undermines them. The institution of judicial review of administrative action is rife with paradox. It supports democratic governance by making officials accountable to unelected judges. It protects individual rights while simultaneously ensuring state control.

It legitimizes expert administrative judgment by subjecting that judgment to review by bodies who often have limited knowledge of either the technical data upon which administrative action is premised or the concrete situations within which administration must function.”

Aumenta essas críticas o argumento de que tais opções políticas já sofrem outras espécies de controle, como o político-social. Na medida em que a população se demonstre mais ou menos contente em relação à determinada atividade governante, principalmente no que diz respeito à promoção de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, a administração sofrerá um controle político-social que certamente refletirá no próximo pleito eleitoral. Sendo aquele *policy maker* ineficiente, argumentam os críticos, ele não será mais eleito para o cargo que ocupa, uma vez que a democracia se torna um elemento indispensável deste controle político-social.

<sup>22</sup> MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, vol. Especial nº. 1, 2005. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV\\_ESP01\\_p153\\_170.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_ESP01_p153_170.pdf)>. Acesso em 14 de julho de 2011.

Entretanto, como adverte Barcellos, em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, tal argumento não consegue explicar a ineficiência do controle político-social. Isso, pois as condições de miserabilidade em que vivem os cidadãos os impede de utilizarem o discernimento acerca da implementação de políticas públicas para aferirem a capacidade de determinado governante. Diz a autora fluminense que: “Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público.”<sup>23</sup>

Neste cenário, tal espécie de controle não funciona, ou funciona de maneira muito limitada. Assim, aspectos negativos da democracia, como o clientelismo e a corrupção, ficam evidenciados, impulsionados pela ineficiência dessa forma de controle político-social.

O segundo grupo de críticas é correlacionado por Barcellos como sendo de natureza filosófica.

Tais críticas são relacionadas à pessoa do próprio magistrado e na sua capacidade de decidir de forma melhor e mais eficaz do que o *policy maker*. O que garante que o juiz possui uma melhor capacidade para decidir sobre a política pública do que o administrador? Quem garante que o magistrado utilizará, no seu julgamento acerca daquela política pública, argumentos éticos ou morais superiores ao do administrador? Possui ele maior capacidade para determinar o melhor para uma política pública? E por assim adiante são levantadas indagações que merecem reflexão, pois antes de buscar impedir a atividade jurisdicional de controle do ato administrativo, visam questionar a própria legitimidade do juiz para tanto. Tal argumento, portanto, é dotado de um forte aspecto relativista.

Muito embora tal crítica mereça profunda reflexão, é certo que o relativismo absoluto, principalmente o moral, não se sustenta diante da sociedade contemporânea na medida em que vivemos e nos pautamos por certos padrões éticos e morais que, de uma forma geral, podem ser considerados como fruto do consenso social. Portanto, um determinado comportamento, ação ou omissão poderá ser contraposto a esses consensos para que se chegue à conclusão de ser ele bom ou mau, ético ou antiético, moral ou imoral, etc. Tomando essa premissa como base, é certo que o julgamento proferido pelo juiz no controle do ato administrativo discricionário também poderá ser contraposto a padrões anteriormente existentes no que dizem respeito à promoção de direitos fundamentais.

Desta forma, não se cuida aqui de afirmar ser legítimo o controle judicial do ato administrativo discricionário pelo fato de ser ele exercido por um juiz, porque tal legitimidade só será alcançada quando a decisão se colocar harmônica em relação a padrões anteriormente estabelecidos. Estando a decisão proferida de acordo com esses padrões, pode-se dizer que seja ela mais acertada do que uma que assim não seja.

A questão que se coloca nesse momento é saber se o debate que está a se travar nesse artigo sobre o controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, envolve alguma espécie de padrões éticos e morais estabelecidos.

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 607-8

Naturalmente, nos parece intuitivo que sim. E tal afirmação decorre da centralidade axiológica da pessoa humana, analisada de forma superficial acima. Devendo a política pública promover a dignidade da pessoa humana, é certo pensarmos que padrões éticos e morais podem ser levantados para determinar se uma dada política pública é boa ou ruim. Afastando-se a política pública do seu fim maior, que é a promoção da pessoa enquanto tal, certamente poderá ser objeto de controle de legalidade, pois a política está indo em via de contramão a padrões estabelecidos em nossa sociedade. A decisão judicial, contudo, que revisar essa política pública, já estará de acordo com esses padrões.

Sobre esse assunto, é enfática Barcellos:

“O controle das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais – seja esse controle político-social ou jurídico – envolve ao menos duas questões morais. Em primeiro lugar, a discussão sobre o tema assume como padrão moral – e também jurídico, não há dúvida – a centralidade do homem e de seus direitos no contexto do Estado e do direito. Assim, opções em matéria de políticas públicas que claramente violem essa diretriz, funcionalizando o indivíduo, serão moralmente erradas. Em tais casos, o controle jurisdicional terá sua legitimidade incrementada na medida em que seja possível agregar aos fundamentos jurídicos também o fundamento moral, a fim de qualificar a opção do Poder Público como moralmente errada”.<sup>24</sup>

316

Assim sendo, o controle jurisdicional da atividade pública, mormente do ato administrativo que implementa uma política pública promotora de direitos fundamentais só poderá ser exercido legitimamente quando tal ato administrativo se afastar desses axiomas morais e éticos. Nesse momento, o Poder Judiciário poderá ser chamado, primeiro para analisar a estrita adequação da política pública aos padrões éticos e morais que consensualmente nossa sociedade estipulou (como, por exemplo, o argumento ético que impede o nepotismo, a improbidade administrativa, etc. – se nota que alguns desses argumentos nem sempre foram também antijurídicos. A conquista da antijuridicidade, para alguns, só foi alcançada mediante intenso clamor popular) e, posteriormente, sendo detectada alguma anomalia, corrigi-la.

Mas também outro argumento moral, esse de caráter universalista, ou seja, não dependendo da análise do conteúdo da política pública nem de seu confronto com os padrões éticos ou morais já existentes, permite defender a utilização do controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais. Tais políticas só serão implementadas com dotação orçamentária pública. Assim, além de moralmente reprovável e de violar padrões morais e éticos erigidos a um patamar elevado pela sociedade, o desvio de verbas públicas, a corrupção, a ineficiências, etc., são também violadores de normas jurídicas, permitindo o controle por parte do Poder Judiciário; um controle do resultado da política pública. Esse controle, nesses termos, seria inafastável do Poder Judiciário.

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 613.

## Conclusão

É certo que outros argumentos desfavoráveis existem e merecem reflexão quando o tema é o controle jurisdicional das políticas públicas. Entretanto, é válido lembrar que quando se está diante de direitos fundamentais da pessoa humana, ou outros valores constitucionais de maior realce, a atividade jurisdicional ganha um relevo maior, posto ser ela a última guardiã desses direitos. Assim, desprezar por completo a atividade judicante no controle dessas políticas públicas nos parece demasiadamente extremo, assim como a completa judicialização dessas opções políticas certamente se afigura antidemocrático.

Tal atividade deve ser feita tendo como base dois princípios constitucionais: o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Conforme sustenta Carlos Roberto de Siqueira Castro,

“a ampliação da competência judicante a ponto de possibilitar aos juízes e tribunais o controle meritório dos atos do Poder Público conduz à justificável proeminência dos órgãos do Poder Judiciário na disputa decisória quanto à ‘razoabilidade’ e ‘racionalidade’ das leis e dos atos administrativos.”<sup>25</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Johnson Barbosa Nogueira, para quem “não é aceitável o mito de que o mérito do ato administrativo é insindicável, bem como os atos discricionários. (...) Todo ato administrativo é passível de controle. Não há ato “*a priori*” excluído da apreciação jurisdicional, segundo Sayaguès Laso”.<sup>26</sup>

É forçoso reconhecer, não obstante o posicionamento adotado neste artigo, que se trata de tema instável no campo jurídico, permitindo ilações de vários campos das ciências, como, por exemplo, a economia e a ciência política. Entretanto, face ter a Constituição entregado ao Judiciário o papel de defesa da ordem jurídica, não nos parece possível desvincular o Judiciário da análise de fundo de questões envolvendo o mérito administrativo.

## Referências bibliográficas

- AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança por meio da estruturação da ponderação: critérios para ponderação em matéria penal. *Jus navigandi*, ano 9, n. 814, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7274>>. Acesso em 02 de julho de 2011.
- ÁPPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Daniel Sarmento e outro (Org). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 606-616.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 131-32.

<sup>25</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 175-76.

<sup>26</sup> NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do Direito. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Ano 1, nº. 3. Paraná: Gênesis, 1994, p. 749.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 175-76.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. VII.

MACHADO, Edgar de Godói da Matta. Conceito análogo de pessoa aplicado à personalidade jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, out, 1954.

MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, vol. Especial nº. 1, 2005. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV\\_ESP01\\_p153\\_170.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_ESP01_p153_170.pdf)>. Acesso em 14 de julho de 2011.

MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica filosófica e a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Legis Augustus (Revista Jurídica)*. Vol. 3, n. 1, p. 5-15, setembro 2010. ISSN: 1516-9367.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do Direito. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Ano 1, nº. 3. Paraná: Gênese, 1994, p. 749.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus navigandi*, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

SILVEIRA, José de Deus Luongo da. *Algumas considerações sobre de critério da verdade do direito*. Disponível em: <<http://www.via-rs.net/pessoais/joseluongo>> Acesso em 16 julho de 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica - Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Ana Paula Repolês. *Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. *Revista CEJ*, Brasília, v. 33, p. 72-77, 2006. ISSN/ISBN: 141408X.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto, SCAPIM, Luciana de Oliveira. *Breves considerações sobre a Teoria Crítica do Direito*. 2004. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/xl/73/55/735>. Acesso em 10 de julho de 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5-8.