

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
CAD – CENTRO DE ATUALIZAÇÃO EM DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada à banca examinadora do CAD – Centro de Atualização em Direito da Universidade Gama Filho, para conclusão do Curso de Pós-graduação em Controle da Administração Pública.

Orientadora: Jacqueline Passos Silveira

Belo Horizonte – MG
2007.
HELIANE DE GUADALUPE ALVES

“Onde o processo político da definição concretizadora de implementação de uma política pública falha em nível de Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir”.

Andreas Krel

RESUMO

Controle judicial é aquele exercido, privativamente, pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um meio de preservação de direitos individuais, uma vez que visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Para concretização deste controle são utilizadas vias processuais de procedimento ordinário, sumário ou especial de que dispõe o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão para obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública. Esses remédios específicos visam impedir ou reprimir a ilegalidade da Administração, invalidando o ato danoso aos direitos dos administrados. Dentre estes remédios constitucionais tem-se: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública. Alguns doutrinadores também consideram a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade como meios de defesa de interesses da coletividade ou interesse difusos.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Controle Judicial; Políticas Públicas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	3
2 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E INTERVENÇÃO ECONÔMICA.....	4
2.1 ANÁLISE DA INTERVENÇÃO ECONÔMICA	4
2.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO	7
2.3 CONTROLE E INTERVENÇÃO	9
3 ATIVIDADE LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO.....	13
3.1 ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO	13
3.2 LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO	14
3.3 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE JURISDICIONAL	14
3.4 Sistemas de Controle Judicial da Administração.....	19
3.5 CONTROLE COMUM	20
3.6 CONTROLE JUDICIAL ESPECIAL	21
3.6.1 Atos Políticos.....	21
3.6.2 Atos Normativos ou Legislativos	22
3.6.3 Atos Interna Corporis.....	22
3.7 MEIOS DE CONTROLE JURISDICIONAL.....	23
3.7.1 Mandado de Segurança	24
3.7.2 Ação Popular.....	25
3.7.3 Ação Civil Pública.....	26
3.7.5 Habeas Data	28
3.7.6 Habeas Corpus	29
4 POLÍTICAS PÚBLICAS EM DESTAQUE CONTEXTUAL	31
4.1 CONCEITO E CONTEXTO	31
4.2 CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICA.....	33
4.2.1 Dificuldades de Controle	33
4.2.2 Controle na Execução das Políticas Públicas	37
4.3 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE	38
4.4 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS ECONÔMICAS.....	40
4.4.1 Controle das Concessões de Serviços Públicos	41
4.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	41
4.6 CONTROLE JUDICIAL NA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1. INTRODUÇÃO

A disciplina legal acerca da ordem econômica é um tema relativamente recente no ramo jurídico, de modo que importa, de forma particular, observar certas questões preliminares que o tema sugere, sendo estas as que se entende por ordem econômica ou o que se concebe como sendo a política econômica, quais seriam os instrumentos legais para seu total controle jurídico, a quem está ligada a realização de tal controle, dentre outras.

Assim, torna-se imprescindível analisar previamente algumas noções que figuram como pressupostos lógicos e finalísticos deste estudo.

Desta forma, este estudo, em seus estreitos limites, pretende servir de base para eventuais e futuros aprofundamentos.

Como problemática este estudo se atém à seguinte questão: como se situa o controle judiciário no contexto das políticas públicas?

Assim, buscar-se-á analisar os aspectos referentes ao controle judicial frente às políticas públicas, descrevendo o processo do controle judicial, identificando os fatores componentes e de relevância nas políticas públicas brasileiras, bem como a atuação do controle judicial no contexto público pátrio, especificamente em relação às políticas públicas.

Este estudo caracteriza-se como sendo uma pesquisa de cunho bibliográfico optando-se pelo método hipotético-dedutivo que, partindo das teorias, prediz a ocorrência dos fenômenos particulares.

Optou-se por este método considerando o que o método hipotético-dedutivo é apresentado à ciência como tentativa de superação das limitações dos dois métodos clássicos: o dedutivo e o indutivo, com base em pesquisas bibliográficas e periódicos.

Definido o método, utilizar-se-á, neste trabalho monográfico a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de livros e artigos científicos.

A principal vantagem da pesquisa bibliográfica está em permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia ser pesquisada diretamente. Os referenciais pertinentes disponibilizam meios para definição e resolução de problemas já existentes, bem

como possibilitam investigar outras áreas, em que os problemas ainda não estão tão presentes.

A pesquisa bibliográfica é de natureza teórica e busca soluções do problema por meio dos aportes teóricos, ou seja, de material já elaborado; possibilita o respaldo teórico fundamental para uma abordagem reflexiva e crítica.

Para a realização deste trabalho, serão observados os seguintes passos: Análise bibliográfica – estas fontes são livros, revistas científicas, boletins, teses, relatórios de pesquisa, etc.

A metodologia científica utiliza inúmeras técnicas para atingir seus propósitos. Todos os materiais escritos podem servir como fonte de informação para a pesquisa científica. Os arquivos públicos sejam nacionais, estaduais ou municipais, são possibilidades concretas para o investigador. Essas informações são, de modo geral, muito amplas e de grande valor para a pesquisa científica.

O processo para esse tipo de pesquisa aponta fases que contribuem para que o investigador obtenha um caminho de investigação pautado pela organização e, assim, consiga, em curto espaço de tempo, resultados significativos para, posteriormente, refletir, analisar e construir uma dissertação ou tese:

a) definir os objetivos – busca decidir o problema (estudo exploratório) obtenção das informações e busca permanente de aportes teóricos;

b) elaborar relatórios com o intuito de selecionar os dados mais significativos e interpretação dos resultados. Comparação de dados.

2. ESTADO, CONSTITUIÇÃO E INTERVENÇÃO ECONÔMICA

2.1. ANÁLISE DA INTERVENÇÃO ECONÔMICA

Percebe-se que não são raros os autores que ainda relacionam a existência de um controle legal das relações econômicas ao fenômeno do *Welfare State*.

Neste sentido, nota-se que, a partir dessas concepções, costumou-se conceber a intervenção econômica como fato indissociável do chamado *Dirigismo Estatal*, pelo qual o Estado passou a estabelecer mecanismos legais capazes de *direcionar* as relações econômicas no sentido de atender certas finalidades de

cunho social, legalmente eleitas. Entretanto, mais recentemente, tem-se observado que a intervenção do Estado na economia não é estranha ao discurso neoliberal.

Segundo Bucci¹, isso ocorre porque a neutralidade política não é, na realidade, o que os grupos econômicos e políticos dominantes esperam do exercício do Poder Público, mas sim a concessão de vantagens, em detrimento de outros grupos.

Não é interessante que estes favorecimentos permaneçam totalmente fora de regulamentação, uma vez que esta sempre figura como instância de segurança e a manutenção da ordem ou mesmo o controle de suas mudanças é sempre interessante aos que dela se beneficiam.

Sendo assim, existiu e existe, no modelo liberal de Estado, a figura da intervenção econômica que se dá, em regra, em prejuízo da livre concorrência e da democracia, valores que pelo discurso liberal são primordiais.

Conseqüentemente, destaca-se o viés ideológico, no sentido que descreveu Marx; que acaba demonstrando que o (*neo*) liberalismo não deixa de ser um processo totalitário, que procura abater qualquer eventual contestação ou mesmo não a admite.

Assim, também se observa que o custo da infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento do capital, acabou dividido por toda a sociedade, por ter sido arcado pelo Estado, sendo que houve, ademais, o benefício da concessão de obras e serviços que garantiu ser o Estado um "comprador" certo e lucrativo.

Deste modo, como observa Bucci² o que difere nos modelos de Estado são os graus de intervenção e não a existência desta.

Neste sentido, os graus de intervenção seguem a lógica descrita abaixo:

- a) intervencionismo, caracterizado pela adoção de medidas esporádicas de controle econômico, para fins específicos;
- b) dirigismo, tido como modelo onde o controle econômico compreende uma atuação mais sistemática e com objetivos determinados; e
- c) planificação, que importa em uma análise global desse controle, no mais amplo alcance em relação aos demais.

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *In* **Revista de informação legislativa**. Brasília, 34 ed., n. 133, jan/mar. 1997, p. 89/98.

Conforme mostra Moraes³ o controle imediato da atividade econômica é exercido pelo Poder Executivo.

Entretanto, a elaboração de programas e planos que estabeleçam a correlação entre os instrumentos jurídicos de controle e as finalidades a serem atingidas incumbe ao Poder Legislativo, uma vez que a este cabe a elaboração das leis em sentido formal. Fechando o círculo do controle, figura o Poder Executivo, como instância última, encarregada de assegurar a legalidade do exercício do controle no âmbito dos demais Poderes.

Logo, a existência de níveis internos e externos de controle da atuação reguladora do Estado na economia, sendo que o controle exercido por quem também exerce o poder regulador não importa aqui, mas sim o controle externo, que é exercido no âmbito Judicial e social, controle esse que tem por objeto, tanto atos isolados como políticas públicas.

É interessante, demonstrar também, que o sentido da inclusão de normas sobre a ordem econômica na Constituição é o oferecimento de instrumentos para o efetivo exercício desse controle.

Isso ocorre, porque submete os atos e políticas governamentais ao controle de constitucionalidade, com a peculiaridade de conferir os fins a serem perseguidos pelos mesmos, com o caráter de cláusula pétrea. Porém, grande parte das normas constitucionais que regula a ordem econômica é de natureza programática, o que implica em eficácia limitada.

De acordo com Comparato⁴ a chamada Constituição Econômica pressupõe um modelo de Constituição Dirigente. Ainda segundo esse autor, se a Constituição não for dirigente, não conterà diretrizes axiológicas acerca da ordem econômica, o que a tornaria uma Constituição Econômica Estatutária, sendo que essa, pretensamente despida de ideologias acerca de sistemas econômicos, iria encaminhar as pretensões conformadoras das relações econômicas, para a realização de fins sociais.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11/22.

Devido a isso, frente à superação do modelo de Constituição Dirigente, declara Comparato⁵ que somos arrastados à conclusão de que a teorização da Constituição Econômica morreu.

Sendo assim, esse conceito perde a utilidade, assim como a expressão ordem jurídica constitucional, que passa a servir apenas, para indicar o local onde as normas acerca da política econômica estão contidas, de forma que falar-se em ordem econômica só faz sentido, para Fagundes⁶, se se referir à ordem econômica constitucional, pois assim os seus fins serão vinculantes para os poderes públicos.

Percebe-se que a regulação da economia, nesse sentido, parece mudar de eixo, da Constituição para os programas, projetos e políticas públicas.

Neste contexto, assim como a existência da intervenção econômica independe do modelo de Estado, também independe do modelo de Constituição, onde as diferenças estão nos graus e sentidos que a essa intervenção são conferidos e, deste modo, o controle dessa regulamentação também deve deslocar-se, ou antes, alargar-se, pois se os fins e objetivos a se assegurar, regrados por normas programáticas e princípios, realizam-se por políticas públicas, devem estas se submeter ao controle jurídico.

2.2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO

O papel do Judiciário é aplicar a Constituição e as leis, ou seja, aplicar as decisões políticas que foram tomadas pelos outros poderes.

O Poder Judiciário é detentor de legitimidade democrática na medida em que é responsável pela estabilidade do sistema democrático, limitando o crescimento dos demais poderes, além de ser o garantidor da efetividade dos direitos fundamentais.

A legitimidade de um dos Poderes não se vincula apenas à idéia do sufrágio universal, mas também decorre da sua função democrática na defesa das minorias e na submissão do juiz aos valores e princípios previstos no texto da Constituição.

⁵ *IDEM. IBDEM*

⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Segundo Ives Granda:

A legitimidade não se refere à adequação a preceitos legais, e, sim, ao fundamento de existência da norma ou de alguma instituição. Comumente, um ato jurídico é legítimo se a sua fonte de elaboração disponha de poderes para sua edição ou se constitui manifestação inequívoca da vontade daqueles que o geraram. O que importa para a configuração da legitimidade é saber se a norma produzida condiz efetivamente com a vontade daqueles que poderiam elaborá-la.⁷

O Poder Judiciário exercita principalmente duas grandes funções: a função jurisdicional, na resolução dos conflitos de interesse, em atividade essencialmente política embora estritamente vinculada à ordem jurídica, e a função administrativa, como suporte de sua atividade principal.

Luiz Flávio Gomes distingue os dois tipos de legitimação previstos na Constituição Federal:

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juizes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que ocuparão os principais postos políticos. Os juizes, portanto, de acordo com o sistema adotado pelos Constituintes, não só não serão eleitos diretamente pelo povo, senão que estão proibidos de exercer qualquer atividade político partidária, o que significa que não podem sequer desejar eleição direta.⁸

Cada vez mais aumenta a importância do juiz pela intensificação dos conflitos de interesse na sociedade de economia terciária e pela crescente conscientização das pessoas quanto aos seus direitos, o que decorre da ampliação dos meios de informação.

Assim, oportuno destacar que os juizes são obrigados a explicar por escrito e abertamente ao público, as razões das suas decisões. Há, ainda, a necessidade de julgar o caso concreto atuando senão a pedido da parte.

Por mais que exista a imparcialidade, a decisão judicial somente é legítima na sua plenitude se o julgador estiver também despido de qualquer interesse político-partidário relacionado ao caso.

⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do direito positivo**. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1992. p. 11.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 120.

Conforme expõe Nojiri⁹, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário impede que o Estado se perverta em uma autêntica ditadura parlamentar da maioria e freia um eventual protagonismo parlamentar que colida com o princípio republicano.

Inobstante, a sociedade também controla o Judiciário por meio da realização dos julgamentos e das sessões dos Tribunais, cujas portas estão abertas, os votos e decisões aí proferidos são sempre obrigatoriamente motivados, sujeitos à crítica dos sucumbentes, que podem encaminhar seus recursos às instâncias superiores.

2.3. CONTROLE E INTERVENÇÃO

Controle conceitua-se como um poder-dever de vigilância, orientação e correção que a própria Administração, ou outro Poder, diretamente ou por meio de órgãos especializados, exerce sobre sua atuação administrativa.

O poder-dever de controle é exercitável pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estendendo-se a toda a atividade administrativa e abrangendo todos seus agentes. Por esse motivo, diversas são as formas pelas quais o controle se exercita, sendo, destarte, inúmeras as denominações adotadas.

Comparato¹⁰ diz que a intervenção não é estranha ao neoliberalismo, porque os grupos econômicos esperam do Estado a intervenção em seu favor.

Assim, a adoção de políticas econômicas significa intervenção, e esta não deixa de existir, apenas sofre alteração nos seus meios e em seus fins.

Neste sentido, as Políticas Econômicas significam as políticas públicas que se referem às matérias econômicas e constituem o meio pelo qual um Governo busca regular ou modificar os negócios econômicos de uma Nação.

Conseqüentemente, a adoção de políticas econômicas visa a regulação macroeconômica, ou seja, a racionalização gradual da economia para que os agentes econômicos (públicos e privados) atuem em favor do interesse social, mas em "harmonia" com seus interesses privados, isto é, sem alteração legal do sistema de apropriação de riquezas.

⁹ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Conforme Scaff¹¹, neste contexto, usa-se o termo intervenção, para significar "atuação em área de outrem – isto é, naquela esfera do privado", onde a intervenção, para ser ampla, precisa ser diferenciada.

Diversas são as formas de intervenção elencadas em inúmeras classificações doutrinárias, das quais, a mais funcional para o momento parece ser a de Grau¹², que usa a expressão domínio econômico para indicar a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito, da qual se exclui a noção de serviço público.

Essa classificação da intervenção estatal ocorre:

a) *No Domínio Econômico*, quando o Estado atua na condição de agente econômico, como sujeito que realiza diretamente a atividade econômica. Essa forma de intervenção divide-se em: a) absorção, quando ocorre em regime de monopólio e, b) participação, quando se dá concorrentemente com a iniciativa privada;

b) *Sobre o Domínio Econômico*, intervenção essa pela qual o Estado atua apenas como regulador da atividade econômica. Essa forma, igualmente, se subdivide em duas outras: a) *direção*, nas hipóteses em que o Estado utiliza normas de comportamento compulsório; e b) *indução*, quando lança mão de normas que não possuem caráter compulsório, apenas incentivador.

Logo, a forma de intervenção Sobre o Domínio Econômico prepondera, porque incide também sobre a própria atuação de intervenção no Domínio Econômico.

Neste cenário, Comparato¹³ frisa que a política pública é a noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, pois envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do Governo.

Desta forma, compreende também certa margem de opção entre os objetivos propostos, ou seja, compreende a hierarquização dos mesmos, cuja efetivação deverá ocorrer com a participação dos agentes públicos e privados.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11/22.

¹¹ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

A adoção de certa política pública representa o processo político de escolha de prioridades para o Governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo, determinado ou não.

Vianna¹⁴ revela que, historicamente, os primeiros programas juridicamente relevantes foram os de contabilidade pública, depois os urbanísticos.

Hoje, todas as áreas de incidência das políticas públicas apresentam significância jurídica e isto ocorre porque as normas jurídicas servem tanto de instrumento de efetivação, quanto de parâmetro de controle de tais opções políticas. Logo, por serem opções, importam em uma margem de discricionariedade, ou melhor, de *flexibilidade* de atuação, o que não significa ausência de controle legal, mas sim incidência de controle diferenciado, finalístico.

Para que essa margem de liberdade de atuação não gere arbítrio, sua gradativa redução passou a ser uma meta a se atingir, tanto para os operadores do direito, quanto para os legisladores.

Assim, inicialmente, pensou-se que seria necessário assegurar um *mínimo ético*, para usar expressão da seara penal, que representasse um *núcleo rígido*, a pautar a ação estatal e fornecer-lhe limite intransponível, sendo que essa preocupação resultou na inclusão de diversas normas de controle na Constituição Federal, a fim de torná-las cláusulas pétreas, por significarem garantia dos direitos fundamentais.

Para Comparato¹⁵, a Constituição passou a regular inúmeras áreas, especialmente por normas programáticas, que acabaram por tornar quase todas as matérias formalmente constitucionais em questões legalmente relevantes. Isso se deu de forma detalhada, gerando rigidez ao sistema jurídico, não raro, incompatível com a dinâmica das modificações atuais.

Logo, surgiu uma tendência oposta, que entende ser necessário retirar muitas áreas da disciplina constitucional – *desconstitucionalizar* –, especialmente aquelas ligadas ao controle formal da Administração Pública e isto para dar a esta, maior agilidade e eficiência, que, aliás, tornou-se palavra de ordem.

Porém, a legitimidade dessa tendência não é isenta de dúvidas, pois, do mesmo modo que a necessidade de controle da atuação estatal não se resolve

¹⁴ VIANNA, Luiz Verneck, *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

apenas pela *constitucionalização* dos temas, igualmente, a necessidade de conferir agilidade e eficiência à atuação estatal não se resolve tão somente pela *desconstitucionalização*, já que estas tendências constituem extremos que atentam contra a clássica visão aristotélica de que a virtude está no meio termo.

Além disso, cada movimento jurídico cumpriu ou cumpre uma função histórica e negá-la, pode resultar em desconhecimento do cunho ideológico da doutrina jurídica e falta de senso crítico, perniciosos para qualquer operador do direito.

Segundo Grau¹⁶ não é a situação topológica das normas legais que define o maior ou menor grau de controle jurídico da atividade estatal; mas a hierarquia das normas tem uma função a exercer, a qual não é interessante subestimar ou supervalorizar.

Neste contexto, é relevante saber a quem compete formular as normas que compõe esse sistema de controle legal, para adaptar cada nível a sua devida função, sob pena de se verificar o que atualmente ocorre, onde o legislador ordinário tornou-se constituinte, por via transversa, de Emendas Constitucionais. Assim, a trivialização da alteração de matéria constitucional atinge a fundação do edifício jurídico positivo, em prejuízo de sua unidade e legitimidade.

Para Moraes¹⁷, as normas constitucionais, o ordenamento infralegal e o Poder Regulamentar exercem função de controle legal das atividades estatais, tanto no sentido formal, quanto material.

Entretanto, cada qual dentro dos limites de seu âmbito de atuação, pois as normas regulamentares não podem se contrapor às leis, nem tão pouco à Constituição, pois do contrário, as diretrizes e metas sociais, econômicas e políticas definidas pelo ordenamento acabam não sendo implementadas pelo "governante de plantão", utilizando a emblemática expressão de Scaff¹⁸, pelo que se tornam meras *garantias formais*. Por funcionarem apenas como um *anteparo às reivindicações sociais*, as normas regulamentares não são implementadas pelo Executivo, pois este

¹⁵ **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

não pode se substituir o Judiciário, já que a ele cabe apenas o julgamento e não a execução das leis.

Existe, assim, uma reorientação dos níveis legais de disciplina da atividade do Estado, saindo do eixo constitucional para o infralegal e, perigosamente, para o âmbito do poder regulamentar.

Conseqüentemente, precisa haver uma correspondente reorientação nas funções de controle exercidas pelos Poderes do Estado.

Deste modo, no modelo de democracia contratualista de Rousseau, a *lei* e a *vontade* humana se aproximam, pois esta se expressa naquela e aquela define o âmbito de liberdade desta, assim, ao Legislativo cabe o papel central de definir as políticas públicas.

Neste cenário então, destaca-se que, atos de *definição* deveriam caber ao Legislativo, porque composto pelos representantes do povo, por uma questão democrática e de separação de poderes.

Já no discurso liberal, o Legislativo é o poder "supremo", pois é encarregado de dar expressão à soberania popular. Entretanto, quando a liberdade formal da lei deixa de legitimar o poder e essa *legitimidade* passa a se fundar na realização de finalidades coletivas concretizadas programaticamente, isto é, na adoção de políticas públicas, o Executivo passa a ter mais destaque, a ser o poder "supremo".

3. ATIVIDADE LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

3.1. ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Toda atividade legislativa desempenhada pelo Poder Judiciário, se baseia na representatividade popular e no princípio da separação dos Poderes, onde cabe ao legislador escolher o momento e o conteúdo da atividade legislativa.

O momento para o exercício do ato legislativo depende de um ato de vontade política, já que não existe instrumento apto para obrigar o legislador a exercer sua atividade.

3.2. LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário se encontra limitado à utilização da ação civil pública como substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de ofensa à solução arbitrada pelo contribuinte.

A atividade judicial deve ser exercida com a máxima prudência, uma vez que se encontra em sede de debate constitucional, onde o equilíbrio político entre os Poderes é indispensável.

Nos casos em que o exercício de um direito subjetivo público já foi regulado através lei o regulamento, não cumpre o Poder Judiciário exercer esta atribuição, podendo ao máximo, exercer o controle de constitucionalidade deste ato.

A Constituição Federal de 1988 outorga um direito subjetivo público e sujeita o exercício deste direito à ulterior atividade legislativa. Nestes casos, o juiz não tem legitimidade de interferir de forma positiva, tendo em vista a sua omissão normativa. Tal caso deverá ser tratado através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, o Poder Judiciário está limitado por opção do poder constituinte. Não há possibilidade de utilização da ação civil pública como substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.3. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE JURISDICIONAL

Entende-se por controle Judiciário ou judicial, aquele exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realizam atividade administrativa; sendo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.

De acordo com a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos, a apreciação judicial.

No sistema constitucional brasileiro é o Judiciário que detêm competência final para controlar a legalidade e a legitimidade dos atos da administração.

Segundo Mello:

Ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.¹⁹

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal explicita que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A discricionariedade conferida ao administrador serve para que ele opte pela melhor maneira de satisfazer os interesses públicos. Mas há de se lembrar que essa discricionariedade está confinada a vários limites, sem os quais se evidenciaria uma verdadeira arbitrariedade.

Em um Estado de Direito não se concebe liberdades irrestritas, tendo em vista que todos os atos estatais devem estar em consonância com os princípios contidos na Constituição Federal.

Deste modo, a ação discricionária está vinculada aos limites postos pela própria lei que a permitiu, além dos princípios de direito público e administrativos que vêm reafirmar a legalidade dos atos praticados por seus agentes.

Os princípios ora referidos, norteiam não só aqueles que produzem a norma legal, como também definem o comportamento dos aplicadores de tal norma, a fim de que estes não ultrapassem os limites impostos pela norma específica e por todo o direito positivado.

Conforme Antônio Francisco de Sousa:

A subordinação de princípio da Administração ao controle jurisdicional tem um efeito preventivo positivo, com reflexos importantes na atividade da própria Administração, impelindo-a para que seja mais cuidadosa nas decisões que toma.²⁰

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 563.

²⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 1994. p. 236.

Primeiramente vale considerar o princípio da finalidade, o qual afirma que o administrador deve sempre buscar o fim específico da norma, que, certamente, será coincidente com a finalidade maior da Administração, ou seja, o bem comum. Em não agindo dessa forma, incidirá o agente na hipótese do desvio de poder ou de finalidade, o que torna o ato passível de invalidação.

A teoria do desvio de poder foi elaborada exatamente para retalhar o âmbito da discricionariedade e detectar os abusos administrativos cometidos no exercício de tal liberdade. Trata-se, pois, de uma maneira de se verificar, através do controle pelo Judiciário, se determinado ato é ou não válido.

O desvio de poder, na concepção de Mello²¹, representa um dos mais graves vícios do ato administrativo, pois o agente se evade do fim legal, extraviando-se da finalidade cabível em face da lei, o que poderá ocorrer mediante duas modalidades: na primeira delas, o agente, servindo-se de uma competência abstrata própria, pratica atos com propósito totalmente estranho à finalidade pública, havendo um desvirtuamento completo com relação ao interesse público. Neste caso, atua para alcançar um fim pessoal, aviltando a percepção de que o controle do ato, nesta hipótese, é mero controle de legalidade. Ocorre a segunda modalidade quando o agente, apesar de buscar atender a uma finalidade pública, esta não é aquela específica da competência utilizada. Também aqui, embora o vício seja irrelevante, pois a má fé pode não ser evidenciada, haverá, do mesmo modo, desvio de poder, sendo o ato considerado nulo.

Vê-se, dessa forma, que em ambas as hipóteses a finalidade da norma é tomada como referência, com o objetivo de verificar se o ato foi praticado em desconformidade com a lei. Isto ocorre porque a manifestação de vontade do agente público terá, necessariamente, que se dirigir à finalidade específica relacionada com a natureza da atividade exercida, caso contrário, sua atuação será invalidada através do controle interno ou externo dos atos administrativos.

Há de se observar, portanto, que o controle jurisdicional do desvio de poder não agride, de modo algum, a margem de liberdade administrativa que a lei tenha conferido ao agente, visto que a finalidade é parte integrante da norma legal, ou seja, um comportamento que não atinge o fim da norma é, em suma, uma transgressão à lei.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Anteriormente, entendia-se que ao Judiciário somente seria possível, quanto aos atos discricionários, verificar a obediência aos seus aspectos formalísticos, não podendo o referido Poder, de maneira alguma, adentrar no seu mérito, entendido este, como a avaliação a respeito da oportunidade e conveniência.

Atualmente, o entendimento do que seja mérito do ato administrativo está cada vez mais limitado, de modo a se entender que a análise meritória somente se inicia quando o administrador tem diante de si várias alternativas igualmente satisfatórias, isto é, lícitas, razoáveis e proporcionais.

Nestes termos, é de suma importância e perfeitamente aceitável a análise, pelo Judiciário, da razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, a fim de se averiguar se a medida efetivamente tomada está dentro dos limites legais e correspondem à finalidade pública. Vale ressaltar, portanto, que o Judiciário apenas faz o controle sobre a legalidade do ato.

Contudo, quando o administrador, após realizar o juízo de razoabilidade, proporcionalidade e licitude dos atos, verificar mais de uma possibilidade igualmente satisfatória, poderá decidir, através dos critérios de conveniência e oportunidade, qual a melhor opção. Daí falar-se em mérito do ato, intocável pelo Poder Judiciário.

A razoabilidade e a proporcionalidade são, portanto, limites à ação discricionária, de modo que qualquer ato administrativo que não se mostre razoável ou proporcional, também não estará em conformidade com a norma jurídica e, deste modo, será invalidado pelo Judiciário, já que este apenas irá aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.

Ressalta-se ainda, o princípio da motivação como limite da discricionariedade, apesar da existência de algumas concepções doutrinárias no sentido de que, sendo o ato discricionário, o administrador estará livre de justificá-lo.

Inobstante, tal concepção de parte da doutrina, é certo afirmar que o administrado tem o direito de conhecer o porquê da prática de todo e qualquer ato administrativo, sobretudo quando este for discricionário, onde há certa liberdade já mencionada. Ademais, com a consagração do princípio da moralidade e ampliação do acesso ao Judiciário, na Constituição Federal de 1988, a regra geral é pela obrigatoriedade de motivação.

Ao justificar seus atos, a Administração Pública indicará os motivos, de fato e de direito, que a levaram a adotar determinada decisão, o que irá permitir um maior controle pelo Poder Judiciário, pois, através da motivação será possível

verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos legalmente.

Considera-se ainda a moralidade como um limite aos atos discricionários, bem como de todos os atos da Administração. Tal princípio está consagrado no artigo 37 *caput*, sujeitando o administrador à interferência do Judiciário quando da infração do mesmo. Senão vejamos:

Art. 37 – A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...). (Grifo nosso)

É perfeitamente admissível a existência de um ato formalmente perfeito, mas atentatório à moralidade pública. Neste caso, o que estará sendo violado é a ideologia da lei e não esta propriamente dita. Há um efetivo desvio de poder ou de finalidade quando se torna evidente a imoralidade administrativa.

Certo é que, mormente na ação discricionária, a violação ao princípio da moralidade se vê freqüente, pois, como se sabe, o administrador, nesse tipo de ato, tem uma determinada liberdade que, apesar de estar delineada pela lei, assim não é entendida pela maioria daqueles que a detém, o que facilita a prática de atos desacobertados dos padrões correntes de ética, lealdade e boa fé.

O administrador trabalha, rotineiramente, com conceitos legais indeterminados e, muitas vezes, se vale de tal indeterminação para auferir vantagens pessoais, sob o fundamento de que se trata de ato discricionário, portanto, sujeito ao juízo de oportunidade e conveniência.

Seria, todavia, excessivo considerar que todas as expressões legais, a *priori*, indeterminadas, ganhariam densidade quando confrontadas com o caso concreto, dependendo da situação.

Quando se verificar, no momento da aplicação do conceito vago à situação fática, que a satisfação de finalidade normativa reclamaria, sem qualquer dúvida, apenas o ato "x", e não outro, não haverá que se falar em discricionariedade, pois esta requer várias alternativas igualmente satisfatórias ao interesse público, ficando a escolha a critério do administrador no exercício de sua função.

Contudo, quando do momento da referida confrontação for possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de certo ato, haverá, então, discricionariedade e, neste ponto, descaberá a análise do Judiciário.

Em suma, a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais, fato que aumenta a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos, haja vista que reduz o âmbito da discricionariedade.

São estas, pois, as limitações a que está sujeita a Administração Pública quando da realização de atos discricionários, embora tal ação discricionária seja, muitas vezes, mal compreendida e utilizada para o cometimento de abusos administrativos.

3.4. SISTEMAS DE CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO

Por sistema de controle judicial da Administração entende-se “o regime adotado pelo Estado para a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo”²².

Atualmente, só dois sistemas são utilizados: o sistema de jurisdição única e o sistema do contencioso administrativo.

O sistema do contencioso administrativo, sistema de jurisdição dual ou sistema francês, como o próprio nome indica, tem origem na França, e é adotado em diversos outros países, como Itália, Alemanha e Uruguai. Esse sistema comporta duas justiças, duas ordens jurisdicionais: uma cabe ao Poder Judiciário, outra ao contencioso Administrativo, organismo próprio do Poder Executivo, a quem compete conhecer e julgar, em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública for parte ou terceira interessada. Ao Poder Judiciário cabe solucionar as demais lides.

Criou-se, assim, uma justiça própria para a Administração Pública, totalmente desvinculada do Poder Judiciário, que tem como órgão supremo o Conselho de Estado, a quem se sujeitam os tribunais administrativos, detendo plena jurisdição em matéria administrativa e funcionando como juízo de apelação, juízo de cassação e juízo originário e único de certos litígios administrativos.

Por outro lado, no sistema de jurisdição única, também chamada de sistema judiciário ou inglês, adotado pelo Direito Brasileiro, o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional; somente ele pode apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça a direitos individuais ou coletivos. É o que dispõe a

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53.

Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que veda à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Há, portanto, uma nítida separação do Poder Judiciário e do Poder Executivo, tornando incompatível o exercício de funções judiciais por órgãos administrativos.

Assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instância da parte interessada, controla *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.²³

3.5. CONTROLE COMUM

Os atos sujeitos ao controle comum são os atos administrativos em geral. No sistema de jurisdição judicial única adotado pelo Brasil, a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade. Assim é vedado que este pronuncie sobre conveniência, oportunidade ou eficácia do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

A competência do Judiciário para a revisão de atos, restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e o interesse coletivo, indissociáveis de toda atividade pública.

É permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo seja qual for o artifício que a encubra.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 128.

3.6. CONTROLE JUDICIAL ESPECIAL

Em decorrência de sua origem, fundamento, natureza ou objeto, alguns atos administrativos não estão sujeitos ao controle judicial comum, sendo revisados, porém, com maiores restrições. É o chamado controle judicial especial, ao qual estão sujeitos os atos políticos, os atos normativos e os *interna corporis*.

3.6.1. Atos Políticos

Na vigência da Constituição de 1934, o ato político, concebido como “aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais”²⁴, era insuscetível de qualquer controle por parte do Poder Judiciário. Aos poucos essa concepção foi sendo superada, reconhecendo-se que o ato político poderia, em alguns casos, lesionar direitos individuais. Estabeleceu-se, então, a distinção entre os atos exclusivamente políticos, que não afetam direitos individuais, e atos quase políticos, que apesar de dizerem respeito aos interesses superiores do Estado afetam direitos individuais.

Com o advento da Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XXXV, proibiu a exclusão da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo, confirmou-se a competência do Judiciário para a apreciação dos atos exclusivamente políticos, que por serem atos governamentais por excelência e com uma grande parcela de discricionariedade, maiores restrições existem para o seu controle judicial.

É justamente por esta discricionariedade atribuída aos atos políticos, que nada mais são do que os atos de governo de quaisquer dos Poderes, que mais restrita é a sua apreciação pelo Poder Judiciário. O que não significa que o Poder Público possa agir em desconformidade com o estabelecido na lei, cometendo arbitrariedades e atos que impliquem abuso de poder. Da mesma forma que o Poder Judiciário não pode apreciar o mérito dos atos administrativos em geral, não pode muito menos em relação aos atos políticos, pelos quais é dado à Administração Pública ampla liberdade de atuação.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 593.

Todavia, quando o ato político exceder os limites da discricionariedade estabelecidos ao órgão ou agente que o praticou, violando direito individual ou quando atingirem o patrimônio público será examinado pelo Poder Judiciário para que se desfaça o ato ilegal cometido.

3.6.2. Atos Normativos ou Legislativos

Como não afetam diretamente direitos individuais, os atos normativos da Administração Pública, que são atos administrativos, propriamente ditos, desprovidos que estão do “caráter de concreção”, não ficam sujeitos ao controle judicial pelos meios processuais comuns. A anulação de um ato normativo (lei, regulamento, resolução, portaria e etc.) dá-se por via de ação direta de inconstitucionalidade e, também, pela ação declaratória de constitucionalidade.

Dessa forma, a lei em tese e os atos normativos, enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou mesmo por mandado de segurança.

Todavia, poderão ser invalidados através de mandado de segurança e da ação popular, os atos normativos de efeitos concretos que, ao contrário dos atos normativos gerais, atingem direitos individuais. Assim, por exemplo, poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário, quanto à sua legalidade, um decreto de desapropriação, por atingir o direito de propriedade do desapropriado.

3.6.3 Atos *Interna Corporis*

Os atos *interna corporis* das Câmaras, de acordo com Meirelles, poderiam ser definidos como:

Aquelas questões ou assuntos que entendem diretamente e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças, etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares, etc.) e a valoração das votações.²⁵

Assim, à primeira vista, seriam estes atos inatacáveis pelo Poder Judiciário, por dizerem respeito somente às deliberações internas, regimentais, da Câmara que o expediu.

Mas não pode, qualquer das Câmaras, valer-se dos *interna corporis* para afrontar o princípio da legalidade, desrespeitando a Constituição. Os regimentos das corporações legislativas devem estar em consonância com os princípios constitucionais, sendo passíveis de controle pelo Poder Judiciário quando contrariarem as prescrições constitucionais legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento.

3.7. MEIOS DE CONTROLE JURISDICIONAL

O administrado, quando lesado em seus direitos, pode utilizar-se de todas as ações previstas na legislação ordinária para impugnar o ato lesivo da Administração Pública, amparado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante a apreciação pelo Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito. Assim, poderá intentar contra a Administração ações possessórias, reivindicatórias, de indenização e outras.

Mas a Constituição prevê ações específicas de controle dos atos da Administração, também chamados remédios constitucionais. Esses remédios específicos visam impedir ou reprimir a ilegalidade ou abuso de autoridade da Administração, invalidando o ato danoso aos direitos dos administrados.

São remédios constitucionais que protegem os direitos individuais: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança individual. O mandado de segurança coletivo, a ação popular e ação civil pública são ações específicas para a defesa dos direitos coletivos ou difusos contra a ilegalidade e arbítrio da Administração Pública.

Autores como Bandeira de Mello adicionam a esses institutos a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão.

Com exceção do *habeas corpus*, que é utilizado na esfera penal, todos os demais meios de controle judicial são exercitados na esfera civil.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 583.

3.7.1. Mandado de Segurança

O mandado de segurança vem sendo, atualmente, o meio específico mais utilizado pelo cidadão, para suscitar, perante o Poder Judiciário, o controle jurisdicional da Administração, através do exame do ato administrativo ilegal ou eivado de abuso de poder.

De nada adiantaria o reconhecimento de direitos individuais em uma Constituição, se não existisse, paralelamente, a ação respectiva, como instrumento de garantia específica, através da qual se requer a prestação jurisdicional a quem tem o dever e o poder jurídico de prestá-la, nos casos previstos em lei.²⁶

Esse instituto surgiu, no Brasil, sob inspiração do *writ* do Direito Norte Americano e o *judicio de amparo* do Direito Mexicano. Com a restrição do *habeas corpus* às hipóteses de ofensa dos direitos de locomoção, feita pela Emenda Constitucional de 1926, os doutrinadores tiveram que procurar outro instituto que amparasse os demais direitos.

Na opinião de Meirelles:

O mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda a pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaça de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.²⁷

Somente o próprio titular do direito lesionado ou ameaçado tem legitimidade para interpor Mandado de Segurança, salvo quando a substituição processual for admitida. Esse remédio constitucional será impetrado contra qualquer autoridade pública ou contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, com o objetivo de corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder. Por autoridade pública entende-se todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal. Já os agentes de pessoa jurídica, são aqueles agentes de pessoas jurídicas privadas que executem, a qualquer título, atividades, serviços e obras públicas.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 73.

3.7.2. Ação Popular

A *actio popularis* já existia desde o Direito Romano, e qualquer pessoa do povo poderia usá-la para defesa de interesse da coletividade. Esse instituto em muito se assemelha à ação popular prevista no direito positivo brasileiro.

A Constituição ampliou sensivelmente as hipóteses de cabimento da ação popular, estabelecendo no artigo 5º, inciso LXXIII, que:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação popular permite que qualquer pessoa seja parte legítima para levar ao conhecimento do Poder Judiciário, atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, solicitando que estes sejam anulados. Esta pode ser intentada por qualquer cidadão, e aqui, cidadão é entendido como aquele que tem direito de votar e ser votado. Este será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio da União, Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, das sociedades de seguros, etc.

Embora o autor não seja o titular do direito lesado, pode como parte da coletividade, solicitar que o Poder Judiciário reexamine o ato e proteja o patrimônio do Estado.

O controle jurisdicional da Administração incide sobre os atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias, etc., nos casos expressos em lei, de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.

Segundo Alexandre de Moraes:

O objetivo da ação popular é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem, contudo configurar-se a *ultima ratio*, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativo e jurídico de

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 681.

prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento.²⁸

3.7.3. Ação Civil Pública

Disciplinada pela Lei n° 7.347, de 24/07/85, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º). Não se presta para amparar direito individual e nem a reparar prejuízos causados a particulares pela conduta comissiva ou omissiva do réu.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a ação civil pública ao nível constitucional quando, na seção referente ao Ministério Público, artigo 129, III e § 1º, sobre suas funções institucionais, assim prescreveu:

São funções institucionais do Ministério Público:

(...) III – promover o inquérito civil e a **ação civil pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.(grifos nossos)

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Constitui requisito para a propositura da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, o que abrange, especialmente, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural.

A ação pode ser proposta pelo Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação que esteja constituída há pelo menos 05 (cinco) anos e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico, consoante estabelece o artigo 5º da citada lei, contra as pessoas físicas e jurídicas, e estas públicas (União, Estado-membro, Município, Distrito Federal e autarquia), privadas (sociedade mercantil e industrial) ou governamentais (sociedades de economia mista, empresa pública, fundação) responsáveis por fatos, atos e situações que violem normas de proteção ao meio ambiente e ao consumidor.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 263.

A Ação Civil Pública deve ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, conforme estabelece o artigo 2º da Lei nº 7.347/85. Nesse foro também deve ser ajuizada qualquer medida cautelar. O rito dessa ação é o ordinário, e admite liminar quando solicitada pelo autor. A concessão da liminar suspende a atividade que ensejou a medida.

A responsabilidade do réu é objetiva, isto é, não há necessidade do autor demonstrar que o réu agiu com dolo ou culpa. É suficiente a demonstração do dano e o nexo de causalidade entre este e o réu. Ao réu, em defesa, só cabe, dada a natureza de sua responsabilidade, demonstrar que não é o responsável pelo fato, ato ou situação que causou lesão ao meio ambiente ou ao consumidor, ou que o fato, o ato ou a situação lesiva não aconteceu, ou, finalmente, que seu comportamento não é lesivo e sua conduta é legal e está autorizada pela autoridade competente.

A sentença poderá condenar o réu a uma obrigação de fazer não fazer, ou a uma indenização.

3.7.4. Mandado de Injunção

O mandado de injunção presta-se para fazer valer o direito constitucional dependente de regulamentação, mas ainda não regulamentado. Deve ser interposto perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

De acordo com o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal:

Conceder-se-á mandando de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para uma corrente, o Judiciário, ao acolher o mandado de injunção, deve apenas comunicar a existência da lacuna legal ao Legislativo, para que este edite a norma faltante; comunicação, esta, a que o Legislativo, na sua autonomia pode atender ou não.

Para outra corrente o Judiciário deve, ele mesmo, regulamentar o assunto em abstrato, para todos em situação similar.

Terceira corrente entende que o Judiciário deve regulamentar o assunto em concreto, para atender à situação do impetrante, independentemente de qualquer regulamentação.

3.7.5 *Habeas Data*

A origem remota do *habeas data* encontra-se na legislação ordinária dos Estados Unidos, por meio do *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, visando possibilitar o acesso do particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público.

O *habeas data* foi introduzido no direito brasileiro pelo artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal:

Conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

É o instrumento processual cabível para assegurar o conhecimento ou a retificação de informações relativas à vida do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, estas últimas como aquelas que armazenam informações para utilização do público, como por exemplo, o Serviço de Proteção ao Crédito.

A Lei 9.507/97, que disciplina, atualmente, o *habeas data*, acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além da duas previstas na Constituição: é a hipótese de *habeas data* “para anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” (art. 7º, inciso III).

Destarte, segundo Moraes:

É o *habeas data* o direito que assiste às pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e se necessário for,

sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação.²⁹

O *habeas data* é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário e tem como objetivo, a simples informação ou, se o impetrante já a conhecer, a sua retificação; e agora, também, pelo artigo 7º da Lei 9.507/97, seu objeto pode ser a anotação de esclarecimentos ou justificativas no registro de dados.

O *habeas data* poderá ser ajuizado por pessoa física, brasileira ou estrangeira, e também por pessoa jurídica, que têm direito à perfeita e correta identificação na sociedade.

Os sujeitos passivos, por sua vez, são os entes governamentais ou de caráter público, assim entendido por Ackel Filho:

Entidades governamentais são todos os organismos públicos ou sujeitos ao controle público; órgãos da administração direta do Poder Executivo, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, órgãos do legislativo e do Judiciário etc. (...) refere-se a Constituição alternativamente a registros ou bancos de dados de caráter público, devendo-se entender por tal os arquivos acessíveis a público.³⁰

A ação de *habeas data* poderá ser interposta contra as entidades governamentais da administração pública direta ou indireta, assim como contra as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas.

3.7.6. *Habeas Corpus*

Originário do latim, é a garantia jurídica que protege o direito constitucional do cidadão de ir e vir, ou mesmo de permanecer. Pode ser preventivo quando o paciente estiver na iminência de sofrer a coação; e liberativo, quando já a sofreu.

Parte da doutrina vai buscar no Direito Romano a origem do instituto do *habeas corpus*, o primeiro remédio previsto para controle jurisdicional de ato da Administração. Qualquer cidadão romano podia reclamar a exibição do homem livre preso ilegalmente, usando da *interdictum de libero homine exhibendo*. A maioria dos

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.p. 143.

³⁰ ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 123.

autores porém, sustenta que a origem deste instituto jurídico encontra-se mesmo no Direito Inglês, mais precisamente no Capítulo XXXIX da Magna Carta.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, diz que:

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

Fagundes diz que o *habeas corpus* é “remédio processual, destinado especificamente a assegurar o indivíduo contra os atos administrativos que lhe tolham ou possam tolher a liberdade física”³¹.

Já Rosa afirma que, “é instrumento de controle da Administração Pública que visa pôr fim a abuso de poder ou ilegalidade que viole a liberdade de locomoção”³².

É a mais adequada das medidas destinadas a assegurar a fruição da liberdade no que ela tem de preliminar ao exercício de todas as demais liberdades. É a garantia que todo indivíduo possui de não sofrer constrições, na sua faculdade de locomoção, provindas de atos que possam tolher a sua liberdade física de forma ilegal.

A natureza jurídica desse instituto é de ação constitucional de caráter penal, de procedimento isento de custas. Não é, portanto, uma espécie de recurso, apesar de estar regulamentado no Capítulo a eles destinado, no Código de Processo Penal.

Qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política, profissional, de idade, sexo, profissão, estado mental, poderá impetrar *habeas corpus*, em benefício próprio ou alheio. Não há óbice para que dele se utilize menor de idade, doente mental, mesmo sem representação ou assistência. Poderá ajuizar o *habeas corpus*, também, o analfabeto, desde que alguém assine a petição a rogo.

A autoridade administrativa só pode coactar a liberdade individual pelos modos permitidos expressamente na lei: prisão em flagrante delito, prisão administrativa ou pena restritiva de liberdade.

³¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 471.

³² ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 19. p. 205.

Assim, contra quaisquer medidas jurídicas ilegais constrictivas de liberdade, caberá, *habeas corpus*, afastando a manifestação abusiva de poder de ato da Administração.

Mesmo que à primeira vista pareça o contrário, o *habeas corpus* não se destina ao exame de temas relativos à criminalidade, mas ao da legalidade estrita da atuação da autoridade estatal (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito, tribunal e etc.); visa a nulidade do ato violento ou coativo praticado pela Administração.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DESTAQUE CONTEXTUAL

4.1. CONCEITO E CONTEXTO

Segundo Scaff³³, as políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há aproximadamente 20 (vinte) anos, havendo pouco acúmulo teórico a respeito, o que desaconselha a busca de conclusões acabadas.

Além disso, não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência política, onde sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas.

A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com a configuração *prestacional* do Estado.

As políticas públicas são segundo Jean Carlos Dias:

Programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado³⁴.

Conforme Comparato³⁵, novamente, deu-se uma relação entre o modelo estatal e a evolução histórica do estudo das políticas públicas, pois quando a função

³³ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

³⁴ DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 13, p. 117-135, jul./set. 2003. p. 261.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

estatal de controle resumia-se, no *poder de polícia*, no sentido omissivo de limitação do poder estatal, não havia políticas públicas de interesse jurídico.

Quando o Estado passou a assumir o encargo dos serviços públicos a situação mudou um pouco, pois, no pós 2ª Guerra, por questões de emprego, seguridade e habitação, o Estado passou a intervir no domínio econômico e o estudo das políticas públicas revelou-se de interesse para o direito.

Neste sentido, a adoção de políticas públicas denota um modo de agir do Estado nas funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados, para a realização de certos fins que estão ligados aos chamados direitos sociais, dentre os quais se inclui os econômicos.

Deste modo, o estudo das políticas econômicas não pode ser dissociado do estudo das políticas sociais, ou seja, estudar as políticas públicas de um modo geral, significa estudar as políticas econômicas, porque, em última análise, o viés econômico permeia a quase totalidade das políticas de governo.

Conforme Márcia Garcia³⁶, o surgimento e, em conseqüência, o interesse para o estudo jurídico das políticas públicas justifica-se, didaticamente, por que:

a) estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado *prestações positivas* e significam o alargamento do leque de direito 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.

Assim, é possível notar que a noção de políticas públicas centra-se em três elementos: a busca por metas, objetivos ou fins; a utilização de meios ou instrumentos legais e a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo.

Estes elementos formam uma noção dinâmica de atividade, pela qual definem-se políticas públicas como a coordenação dos meios à disposição do

³⁶ GARCIA, Márcia. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. In **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo: RT, n. 15.

Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos sociais ou econômicos relevantes e politicamente determinados, ou simplesmente, como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

4.2. CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.2.1. Dificuldades de Controle

Quando o poder regulamentar deixa de conferir concreção e adequação das diretrizes legais à realidade social, o Executivo passa a exercer função normativa em prejuízo do Legislativo.

Esse fenômeno é denominado pelo autor de capacidade normativa de conjuntura, que visa o desempenho de uma atividade de ordenação pelo Estado sobre os agentes econômicos.

Portanto, a importância desse poder de regulação seria tanta, que o autor supracitado entende ser importante a criação de um Conselho Consultivo, com funções opinativas. Essa proposta é oportuna, pois, com a substituição da função da lei pelas políticas públicas dificulta-se o controle social e o controle legal. Essa dificuldade se deve a diferentes razões, que podem ser apresentadas esquematicamente da seguinte forma:

a) há uma demanda desmedida por legislação, a fim de aprovar planos e mais planos, bem como a regulamentação desses planos, o que nos Estados Unidos é conhecido como *overload*, onde o Legislativo acaba por abdicar da direção política do Estado;

b) faz-se necessário todo um extenso suporte institucional (agências de controle, instituições da sociedade civil organizada, etc.) para realizar um controle essencialmente finalístico;

c) a falta de cultura cívica e educação democrática dificultam, ou mesmo, inviabilizam a devida e necessária participação popular, de modo que a sociedade acaba não exercendo nenhum controle, perdendo maior parcela de liberdade, pois não participa da formação da opinião política;

d) os partidos se enfraquecem e deixam de representar a sociedade, porque esta não é capaz de pressioná-los nesse sentido, e os mesmos passam a expressar os grupos de interesse dominantes, que são capazes de fazer pressão;

e) a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de normas programáticas não é tradicional em nossa cultura jurídica, que oferece certa resistência.

Percebe-se que, diante dessas dificuldades, imprescindível se torna intensificar e ampliar as instâncias de controle das políticas governamentais. Com isso, a função do controle exercido pelo Judiciário torna-se mais expressiva, em quantidade e qualidade. Por outro lado, as pressões favoráveis e contrárias ao incremento do controle, passam a gerar argumentos prós e contras, mediante um discurso político-jurídico-ideológico que começa a se definir.

Ao se analisar as dificuldades do controle judicial dos atos dos outros poderes do Estado, especialmente os do Poder Executivo, percebem-se a necessidade de utilização de técnicas de "sopesamento" de valores, interesses e direitos. Essas técnicas são, simultaneamente, simples instrumentos e opções valorativas, revelando o viés político do direito enquanto racionalidade acerca do poder. O controle judicial das políticas públicas nesse sentido é um típico caso em que a regulamentação legal se defronta diretamente com os meandros "irracionais" do poder político.

Logo, o direito não pode atuar nesses casos com o mesmo rigorismo técnico. Julgando-se neutro, é preciso buscar parâmetros mínimos de ética e justiça. Por conta disso, o controle legal encontra muitas dificuldades de ordem técnica, ideológica e valorativa.

Comparato³⁷ diz que o efeito da interferência da justiça, muitas vezes não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, questão política em questão judicial. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a Justiça Federal em questões políticas e isso é um poder, exercido sob as formas judiciais.

Ressalta-se que deve ser afastada, antes de qualquer coisa, a clássica objeção de que o Judiciário, pelo princípio da separação de Poderes, não tem competência para julgar 'questões políticas'; entretanto, essa postura é rechaçada

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

pela maior parte dos juristas pátrios, que só a admitem por via transversa, mediante o exercício argumentativo, pelo qual as questões "deixam de ser" políticas, passando a ser jurídicas.

Devido a isso, o controle da Administração Pública é apontado como restrito ao nível constitucional e, por isso, os defensores de uma maior margem de liberdade para o gestor público, postulam a desconstitucionalização de muitos assuntos.

Entretanto, como visto de início, não é o *locus* da norma que facilita ou não o controle, mas os mecanismos de que o sistema dispõe. Alias, está demonstrado é letra morta a constitucionalização de muitos temas, pela inviabilidade do controle.

É preciso observar que o controle das políticas públicas não pode ficar restrito ao controle de constitucionalidade, sob pena de ser considerado como inviável, ante certos mecanismos estrategicamente pensados para minimizar esse controle, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ademais, não se pode restringir o controle de constitucionalidade ao controle concentrado. Mesmo porque, toda a estrutura do sistema legal pode ser tida como uma concreção dos fins constitucionalmente propostos.

O controle judicial da Administração Pública incide sobre atos e não sobre programas ou políticas, sendo, portanto, um controle pontual não abrangente. Logo, as políticas públicas, em seu conjunto, findam fora do controle, porque expressam a idéia de metas coletivas e de atividade, de modo que não se resumem a normas ou atos, pois representam o conjunto destes, que é unificado pela sua finalidade.

Comparato³⁸ cita ainda, que a primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela não se distingue, nitidamente, dos atos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudencia* romana. Este ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a seguir, pois, tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos.

Porém, como visto, as finalidades legais que orientam o controle judicial finalístico não se resumem ao controle de constitucionalidade. Logo, é preciso

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

perceber que existe uma hierarquia de valores que define o "peso" dos princípios em conflito, mesmo a nível infraconstitucional. Obviamente, por se tratar de um valor constitucional em colisão com um infraconstitucional, aquele deverá prevalecer, à semelhança do que ocorre no caso das normas.

Tratando-se de princípios, essa regra não pode ser absoluta, pois pode ser que o valor ou interesse protegido por normas infraconstitucionais prevaleça naquele caso concreto por diversas razões tópicas. Uma delas pode ser a de que a prevalecer o interesse constitucionalmente protegido, o outro seria aniquilado, ao passo que no caso inverso isso não se daria. As colisões de princípios são mais freqüentes e diversificadas do que se costuma considerar e podem chegar ao nível processual. Como exemplo, toma-se o caso dos prefeitos cujas regras de aposentadoria não foram recepcionadas pela Constituição, mas que ganharam o direito a tal aposentadoria em Juízo, estando sob o manto da coisa julgada. Então, seria o caso de se dizer que é imperioso respeitar a coisa julgada, instituto protegido pela própria Constituição, mesmo que com isso se estabeleça uma situação contrária à própria Constituição. Esse é um caso de aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual se observa que houve menor vantagem em se atender ao princípio da coisa julgada, que em se desconsiderá-lo.

Assim, qualquer decisão seria aceitável ou recusável, posto que se trata de dois valores constitucionais. Entretanto, importa reconhecer que as técnicas de racionalização da decisão jurídica nem sempre podem obedecer a um rigor lógico-formal, mas podem atender a uma demanda de racionalidade tópica. Desta feita, pode-se fazer uma distinção entre as soluções possíveis juridicamente, conferindo maior peso a uma, como determina a aplicação do princípio da proporcionalidade. A maior desvantagem é observada não apenas do ponto de vista lógico, mas finalístico.

Comparato³⁹ cita que, outro óbice procedimental é que os atos e normas tomados isoladamente são heterogêneos e possuem um regime jurídico próprio. Ou seja, sua validade é analisada separadamente da atividade global e das políticas públicas nas quais se inserem. Desse modo, uma norma ou ato pode ser inválido, sem que a política pública no qual se insira o seja e vice-versa. Nesses casos, novamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade na análise dos atos, a

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

estes poderia ser conferido um peso diferenciado, considerando-se sua relação dentro da política pública no qual se encerra. Com isso, o controle seria ampliado pela estipulação de uma "sintonia fina" para a análise dos atos, de acordo com uma análise prévia da política pública, e esta deveria estar inclusa na pré-compreensão do julgador.

Para Mello⁴⁰, outra questão seria o fato de que a Constituição Dirigente, correlata ao Estado Intervencionista, contém objetivos que são impostos por meio de normas programáticas, pelo que estas precisam ser tomadas como vinculantes para o Estado e para toda a sociedade, incluindo os detentores do poder econômico. Para tanto, trabalha-se com a noção de conceitos juridicamente indeterminados, que ao lado do princípio da proporcionalidade, representa mais uma técnica de racionalização da decisão judicial. A própria análise desses tipos de conceitos jurídicos implica num juízo de ponderação, ou seja, a ela também se aplicam os parâmetros do princípio da proporcionalidade.

E com isso, a generalidade das normas pode ser tida como não redutora de sua função diretiva ou vinculante. Igualmente, o "alargamento" da competência normativa do governo (medidas provisórias, especialmente), pode ser mais estreitamente controlado, sempre do ponto de vista concreto, pois a análise tópica de prudência ou proporcionalidade sempre se dá *in concreto*, o que não atinge a agilidade e mobilidade necessárias à eficiência da gestão pública, afastando o perigo tão supervalorizado do "engessamento" da Administração Pública. Dessa forma, o controle judicial deixa de significar uma ampliação no juízo de oportunidade e conveniência da Administração, ou seja, não significa uma "invasão de competência", pois as questões não são concebidas como "questões políticas" ou "mérito administrativo", cuja análise deve escapar ao Poder Judiciário.

4.2.2. Controle na Execução das Políticas Públicas

O controle judicial das políticas públicas envolve a sua formulação, execução e avaliação.

Segundo Bucci:

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

O processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja qualidade decisória, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.⁴¹

Oportuno dispor a dependência na execução das políticas públicas da prática de atos administrativos. O processo decisório recai nas mãos da Administração Pública quando da ocorrência de conflitos de critérios conflitantes na aplicação da execução de uma política.⁴²

De acordo com posicionamentos adotados pelo STJ, o Poder Judiciário não pode determinar, através de sentença em ação civil pública, a prática de um ato privativo da Administração Pública.

Ainda no entender de Appio⁴³, somente quando as instâncias de democracia participativa já tiverem deliberado acerca de uma determinada política econômica ou social é que as ações coletivas poderão ser promovidas pelos legitimados ativos da Lei da Ação Civil Pública com o fim de vincular o Poder Executivo.

4.3. IMPORTÂNCIA DO CONTROLE

Mello revela que as relações estabelecidas entre os Poderes do Estado de um lado, e as relações entre o Judiciário, especificamente, as forças políticas e a sociedade, vêm forçando os aplicadores do direito a tomar posição como agentes políticos e não meramente como técnicos jurídicos. Essa nova feição gera desconfiança e receio, dada a potencialidade para o arbítrio que qualquer incremento de controle gera. Desta feita, em âmbito praticamente mundial, os primeiros esboços doutrinários começam a surgir, acerca da função e importância do controle judicial da atuação do Executivo expressa pela adoção de políticas públicas.⁴⁴

O autor supracitado analisa a questão expondo duas correntes contrapostas, que, em síntese, são: a primeira, chamada de procedimentalista, que

⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 269.

⁴² APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁴³ *IDEM*.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

entende que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista. De tal sorte, favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica totalmente dependente do Estado. Torna-se um cidadão-cliente e o Judiciário o seu fornecedor de serviços. Portanto, não representa situação desejada, mas situação crítica, correlata a uma crise institucional que precisa ser superada.

Para os procedimentalistas, os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito. Isto porque, para que sejam autores não é necessária a mediação do Judiciário, mas antes a "criação" ou conquista de canais comunicativos, que levem o poder democrático do centro para a periferia. Para os mesmos, a lei não é a vontade direta do povo e este precisa ter meios de expressar sua própria vontade. Assim, a Constituição deve apenas garantir a existência desses meios ou procedimentos, para que os cidadãos criem seu próprio direito. Os seus princípios não devem, portanto, expressar conteúdo substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Assim, o controle de constitucionalidade seria necessário apenas nos casos que tratem do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da vontade política (democracia deliberativa). Isso porque não caberia ao Judiciário dizer sobre o que decidir (conteúdo), mas apenas como decidir (procedimento democrático), para que os cidadãos decidam como lhes convier. Seria apenas o caso de garantir procedimentos para ampla deliberação democrática, sem exclusões.

A segunda corrente é a dos chamados substancialistas, que entendem que o Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas ganharem mais relevância que a própria lei, o Judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos. Nessa linha, caberia à Constituição a positivação do ideal de justiça mediante leis básicas, mas incisivas, cuja implementação pelo Judiciário transformaria progressivamente a sociedade e as instituições, conduzindo-a a realização dos valores fundamentais e ao exercício da cidadania. De fato, vê-se que a lei não é criada por um processo substancialmente, mas formalmente democrático. Entretanto, mesmo na democracia direta prevalecem os interesses da maioria, em prejuízo das minorias.

Destarte, a judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição que é tida como lei fundamental. Nessa ordem de idéias, o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, porque apenas aplica a Constituição, ou seja, o Judiciário apenas exerce sua função, aplica a norma constitucional ao caso concreto para solução de conflitos.

Verifica-se que essa supremacia se justifica pela necessidade de preservar certos núcleos de direitos, como os Direitos Humanos, confiando sua guarda a instituições majoritárias (cortes constitucionais). Devido a isso, o controle judicial das políticas públicas faz mais sentido no âmbito constitucional, pois, as normas e princípios constitucionais prevalecem não somente sobre os Três Poderes, mas sobre toda a sociedade, e, em certo sentido, sobre a própria vontade da maioria. Por isso, o constrangimento que representa, deve ser o mínimo necessário para assegurar aquele ideal de justiça.

Portanto, conceder ao Judiciário o poder de decidir sobre esse ideal (direitos fundamentais), não significa que os juízes representam melhor os interesses dos cidadãos do que os Parlamentares ou o Chefe do Executivo, que, aliás, são eleitos pelos próprios cidadãos. Os juízes também podem ser tiranos e arbitrários tanto quanto os titulares de cargos eletivos. Destarte, o controle judicial das políticas públicas representa apenas mais uma instância de controle, o que significa mais controle, qualitativa e quantitativamente.

4.4. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS ECONÔMICAS

Atualmente, a mais importante intervenção positiva do Poder Judiciário brasileiro ocorre através de ações coletivas de controle das políticas econômicas.

De acordo com Appio⁴⁵, a estagnação dos investimentos públicos nas áreas de infra-estrutura básica do país, exigiu do Poder Judiciário uma maior intervenção nas ações civis públicas as quais se busca suprir, através de uma decisão judicial, a omissão administrativa.

Intervenção do Judiciário ocorrerá nos seguintes casos:

a) quando a lei orçamentária anual aprovada pelo Congresso Nacional prever a construção de uma obra pública;

⁴⁵ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

b) quando a lei orçamentária anual prever a prestação de um serviço público;

c) quando da construção da obra pública ou da prestação de um serviço público outorgados à iniciativa privada.

4.4.1. Controle das Concessões de Serviços Públicos

O serviço público, segundo Mello:

É toda atividade de oferecimento de utilidade, a comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁴⁶

O controle judicial das concessões de serviços públicos não se restringe somente à qualidade dos serviços, como também no valor das tarifas cobradas. Tem o Poder Judiciário o objetivo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade das tarifas.

O reajuste de qualquer tarifa pública, além de afetar os usuários dos serviços, implica transferência automática dos custos de produção de bens e serviços, onerando, de forma desigual, as camadas mais pobres da sociedade.

Deste modo, a intervenção judicial se mostra necessária no sentido de preservar os direitos dos consumidores e usuários, bem como assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

4.5. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Scaff⁴⁷ revela que para os substancialistas, o controle judicial de políticas públicas auxilia na reconstrução do sistema de valores democráticos, por ser mais um nível de acesso às instâncias do poder, por intermédio do questionamento de

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 620.

⁴⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

decisões políticas pelo controle de constitucionalidade. Abre, também, espaço ao pluralismo, mediante o amplo acesso ao Judiciário que existe na medida em que nenhuma questão deixa de ser apreciada, o que garante que grupos marginais – sem expressão política – questionem e influenciem as decisões políticas. Ademais, fomenta a democracia deliberativa pelas ações coletivas.

O autor supracitado mostra que, como desvantagem, costuma ser apontada a necessidade de cristalização de muitas metas sociais em leis, que "engessa" a execução das políticas públicas, prejudicando a flexibilidade necessária para a regulação da dinâmica econômica, bem como cria mais um entrave burocrático, pelas muitas ações que ficam pendentes. Igualmente, diz-se que a própria definição do ideal de justiça e dos Direitos Humanos é mutável, pelo que o controle judicial dificulta mais essas mudanças de atualizações de valores.

Porém, o controle judicial das atividades dos outros Poderes é exercido pelo Judiciário, principalmente, com base nos princípios e normas da Constituição, que são genéricos e muitas vezes utilizam conceitos juridicamente indeterminados.

Portanto, podem ser "atualizados" por simples interpretação construtivista (criadora) do juiz, não havendo perigo real de "engessamento" da Administração Pública. Por isso, é importante que não existam normas constitucionais excessivamente específicas, pois não é a especificidade que garante a realização da finalidade legal, mas o tipo e a eficácia do controle da execução da lei, seja esta genérica ou específica.

É neste ponto que diversos doutrinadores entendem estar um dos principais argumentos contrários à legitimidade do Judiciário em exercer o controle das políticas públicas.

Admitir este controle significaria colocar o Poder Judiciário como um super-poder, uma vez que poderia sempre controlar, mesmo que por razões duvidosas, os atos dos demais poderes, causando a quebra de igualdade e separação dos poderes.

Vianna⁴⁸ diz que, essa interpretação construtivista permite que se preserve-mudando, pelo que favorece a formação gradual de uma cultura política, pois, auxilia na criação pelos cidadãos da consciência dos seus direitos em sentido

⁴⁸ VIANNA, Luiz Verneck, *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

mais amplo, a começar pela consciência de seus papéis específicos no momento comunicativo do processo, enquanto consumidor, contribuinte e outros.

Ainda segundo Vianna⁴⁹ a Constituição Federal de 1988, pela peculiaridade histórica de sua formação, ficou distante do ideal de qualquer grupo nacional específico e teria, portanto, refletido um mosaico de interesses e preocupações, porque não resultou historicamente de um conjunto de valores compartilhados por uma comunidade política, conforme um amadurecimento democrático do povo. Mas nem por isso pode ser tida como ilegítima, pois reflete valores socialmente desejáveis.

Portanto um modelo assim, de Constituição Aberta, favorece o construtivismo jurídico, pelo que se obtém a desejada interligação entre os Direitos Humanos e a democracia participativa. A participação jurídico-política encontra no momento processual, mais uma instância importante no cenário do Poder Estatal. Quando se recorre ao Judiciário em busca de seus direitos, o cidadão atua, exercita seu poder de iniciativa, torna-se cidadão-ativo, não mero cidadão-cliente, porque provoca o exercício da jurisdição e sai da inação. Com isso, mesmo que a Constituição não seja fruto da mais legítima vontade popular, poderá vir a ser pela atuação jurisdicional construtivista e as suas normas terão mais chances de não ficar na mera função simbólica.

Vianna⁵⁰ também revela que o exercício de ações coletivas e a atuação dos Juizados Especiais são exemplos específicos de momentos em que a jurisdição favorece a aquisição da cidadania. Inquestionavelmente, tais espaços ainda são muito tênues, carentes de toda sorte de aparelhamento, assim como a própria estrutura do Poder Judiciário Brasileiro, o que não anula os pequenos ganhos que significam. Ao se conceber o Judiciário enquanto instância democrática percebe-se que o *locus* de participação popular desloca-se (ou amplia-se) para o Judiciário. Isso pressupõe a possibilidade de um controle abstrato de constitucionalidade, no qual a supremacia é a da Constituição e não de um Poder Constituído como o Judiciário. Daí não ser cabível falar-se, como já se tem feito, em "governo dos juízes".

A ampliação do poder de controle judicial das leis e, particularmente, da Administração, não tolhe a democracia participativa, antes lhe favorece, assim como

⁴⁹ VIANNA, Luiz Verneck, *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁵⁰ *IDEM*.

a democracia representativa. Os partidos minoritários, que não estejam em coalizão com o Executivo, podem utilizar o processo judicial contra as instâncias do poder, isto é, contra os arbítrios do governante de plantão. Favorece, portanto, a conexão entre a democracia participativa e a representativa, o que é muito importante no Brasil, onde as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares.

As minorias parlamentares passam a ter, no Judiciário, mais uma instância de atuação, com novas possibilidades de pressão. Entretanto, a adoção de um modelo de Estado-juiz, correlata a uma visão "romântica" do *Juiz-Hércules*, é totalmente utópica pois, a participação no Judiciário é, em certa medida, dependente da mediação do direito e, em consequência da positivação dos direitos, da existência de cortes de justiça com feição política como as cortes constitucionais e do grau de consciência política dos magistrados. Contudo, todos esses óbices podem ser minimizados pelo contínuo exercício do controle judicial, pois este apresenta função pedagógica, que se aplica tanto aos cidadãos quanto aos magistrados.

Outro grande ponto de discussão e posicionamento contrário ao controle do Judiciário de Políticas Públicas está na falta de legitimidade de tal Poder. Questiona-se aqui não serem os juízes eleitos para a função de elaborar o direito. Por melhor intencionado que esteja o magistrado, sua atuação carece de conteúdo constitucional, configurando-se num arbítrio. Há, portanto, insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades públicas.

Seguindo tal posicionamento tem-se julgado do STJ:

Ação civil pública. Poder discricionário. Administração. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso, do MP, com fulcro no princípio da discricionariedade, pois a municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir.⁵¹

⁵¹ Precedentes citados: RESp 169.876/SP, DJ 21.09.1998, e Ag RESp 252.083/RJ, DJ 26.03.2001. Rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.12.2003.

4.6. CONTROLE JUDICIAL NA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Fato também comum no dia-a-dia político brasileiro é a omissão total do Estado na implementação de direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Atualmente a força normativa da Constituição Federal vem sendo minada através de posturas que utilizam como álibi, o velho e bolorento argumento da não aplicação imediata da Constituição.

Desse modo, é fácil verificar que a omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, na qual uma pequena minoria desinteressada acaba aprovando um texto constitucional consciente da não existência de sanções para o descumprimento da norma.

Quando um direito fundamental não está expresso em uma norma constitucional o seu descumprimento gera apenas uma omissão simples; todavia, quando existe a norma constitucional, mesmo que na linguagem tradicional seja meramente programática e não perceptiva, a sua não-efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implica possibilidade de existir controle dessa omissão.

Destaca-se que a solução para estes casos de omissão, muitas vezes não está diretamente preestabelecida, já que a Constituição, não é estática, e sim dinâmica, em um processo de aperfeiçoamento contínuo.

Assim, verifica-se a importância do papel e participação dos juízes na efetivação da Constituição Federal.

Outras tentativas para sanar a omissão também são válidas. Uma hipótese é o poder-dever do juiz de agir com a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.

É válido mencionar que em nenhum momento a intenção do legislador é colocar o Judiciário acima dos demais Poderes. Ao contrário, os poderes Executivos e Legislativos deveriam proporcionar a efetivação da Constituição.

Entretanto, quando tal fato não é executado não cabe ao Juiz ser co-autor da omissão considerando a Constituição Federal como um nada jurídico.

Desse modo, não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Trata-se, sim, de arbitrariedade que pode, precisa e deve ser corrigida.

Nos casos em que a omissão é parcial e visível, a existência de políticas públicas, é insuficiente para atender a demanda, ou excluem determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência.

Assim, esta forma de omissão ocorre quando o Poder Público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente os termos exigidos pela Constituição.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário necessita de aperfeiçoar os meios de controle, internos ou externos, como fator de legitimação e de aprimoramento das instituições essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Deve o processo democrático ser entendido não, simplesmente, no sentido estritamente liberal de escolha de representantes, mas no seu verdadeiro sentido de democracia direta, da participação no poder como direito da cidadania.

A intervenção dos juízes na formulação e execução de políticas públicas no Brasil é apenas um dos fatores que interfere no processo de divisão política.

A resistência dos Poderes do Estado em submeter as políticas públicas ao controle judicial mais rígido, está em que isto demanda uma atuação política do Judiciário, que deverá questionar as opções do Administrador. Notadamente, atos como declaração de guerra, licença para parlamentar ser processado e outros, manifestam feição meramente política. Mas, sob o rótulo de questões meramente políticas não pode se esconder questões que afetam de forma direta e rotineira o exercício dos direitos dos cidadãos, como é o caso dos programas econômicos e seus efeitos. Tanto, que os mesmos estão sendo sempre questionados.

Assim, o incremento do controle judicial da atividade administrativa não significa mera substituição do arbítrio do Executivo pelo arbítrio do Judiciário, pois a mediação da norma e dos princípios jurídicos minimiza o subjetivismo. Os atos em si considerados e as políticas nas quais se inserem devem ser confrontados com os objetivos constitucionais, bem como com as regras infraconstitucionais que estruturam o desenvolvimento dessas políticas e atos (atividade).

Por fim, o controle de constitucionalidade no Brasil é bem amplo, pois envolve tanto a matéria, quanto os meios e instrumentos, a forma e competência e, ainda, a omissão. Seus efeitos são desconstitutivos, pois resulta na invalidade do ato (efeito *ex nunc*). Há muitas falhas, como a própria utilização "má intencionada" da Ação Declaratória de Constitucionalidade, mas, independentemente de uma reforma constitucional, apresenta muitas possibilidades, que deixam de ser empregadas por receio de o Judiciário assumir seu papel de agente político ao lado

dos outros poderes. Poderiam ser mais utilizados os instrumentos mandamentais e de injunção, bem como a tutela preventiva da legalidade (constitucionalidade).

Com isso, a intervenção sobre o domínio econômico prepondera, em especial, mas também a atuação no domínio econômico do Estado seria passível de um controle mais eficiente, que não fosse meramente formal, como muitas vezes é o exercido pelo Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

Questões como a guerra fiscal, a dívida pública, a função meramente formal das leis orçamentárias, dentre outras, poderiam ser redimensionadas com vistas a atender interesses sociais reais. O governo deixaria de não ser responsabilizado pelas distorções praticadas por meio de políticas econômicas descompromissadas com o social, como as que atendem aos interesses bancários (operações de socorro aos Bancos), em detrimento de áreas fundamentais como educação e saúde.

A intervenção econômica não só permanece, como vem sendo incrementada, necessitando um incremento de instrumentos de controle. Isso, porém não demanda reforma legal a implementar, pois mecanismos normativos já existem, a exemplo das leis orçamentárias, que precisam ser tratadas como leis, como norma legal vinculante. Se esses mecanismos já existentes fossem implementados, muitas distorções praticadas continuamente seriam evitadas. Isso não significa que as propostas de mudança devam ser rechaçadas, ao contrário, importa na necessidade de combinar o esforço para a adoção de mudanças positivas com a efetiva utilização dos mecanismos legais já disponíveis, maximizando as possibilidades que estes representam.

Neste ponto, vale ressaltar a vasta gama de propostas positivas para incremento do controle, judicial e social, das políticas econômicas, das quais vale ressaltar as formuladas por Scaff⁵², em breve, mas significativo ensaio, onde sugere a criação de agências reguladoras específicas para setores da economia, com possibilidade de participação popular. Sugere, ainda, possíveis alterações na composição dos Tribunais de Contas, podendo-se pensar em inclusão de representantes da sociedade e na idéia de exercício de mandato ao invés de vitaliciedade no cargo, bem como a criação de ouvidorias e conselhos consultivos específicos.

⁵² SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

Além disso, há a noção de orçamento vinculante, pelo que se tentaria reduzir as divergências entre o aprovado em lei e o executado, pela utilização de linguagem mais precisa nas leis orçamentárias e da idéia de obrigatoriedade na realização das despesas programadas, com uma margem de mobilidade de recursos dentro do estritamente necessário.

Aperfeiçoar o controle *a posteriori* nos casos de Responsabilidade do Estado por medidas de política econômica também é caminho sugerido para que, pela efetivação de um controle – social e, especialmente, judicial – seja implementado um modelo de desenvolvimento econômico com efetivo progresso financeiro e social, capaz de reduzir o grau de marginalidade e exclusão social. Nesse sentido, o instrumental jurídico não seria considerado como a mola mestra desse processo evolutivo, mas como um significativo instrumento de realização de ideais democráticos.

Não há qualquer garantia de que o controle judicial de uma política pública irá assegurar o seu sucesso, muito embora se possa sustentar que a ampliação do universo de pessoas responsáveis por sua formulação corresponda a uma concepção contemporânea sobre a democracia.

A formulação das políticas públicas depende de uma concepção procedimental de democracia, enquanto que o controle judicial de sua execução demanda uma concepção substancial, atrelada ao princípio da isonomia.

Assim, conforme Appio, conclui-se que “o espaço judicial não é o único espaço possível para a emancipação política dos cidadãos brasileiros na atualidade, mas é a melhor alternativa”⁵³.

⁵³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 237.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: Saraiva, 1988.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Controle judicial dos atos administrativos**. Revista de Direito Público, ano 16, n. 65, janeiro/março, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Políticas públicas e direito administrativo. *In* **Revista de informação legislativa**. Brasília, 34 ed., n. 133, jan/mar. 1997, p. 89/98.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11/22.

_____. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 13, p. 117-135, jul./set. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GARCIA, Márcia. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. *In* **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo: RT, n. 15.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do direito positivo**. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 19.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 1994.

VIANNA, Luiz Verneck, *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.