

ano 18 - n. 71 | janeiro/março - 2018
Belo Horizonte | p. 1-324 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i71
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

“Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional

“Public policies” and the Judiciary: a neo-constitutional approach

Ricardo Marcondes Martins*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
ricmarconde@uol.com.br

Recebido/Received: 02.11.2017 / November 2nd, 2017

Aprovado/Approved: 05.02.2018 / February 5th, 2018

Resumo: O estudo tem por objeto o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário sob uma perspectiva neoconstitucional. A partir da rejeição da função política ou de governo, nega-se o conceito de política pública: trata-se de discricionariedade legislativa ou administrativa. Não cabe ao magistrado, no exercício da jurisdição, exercer competência discricionária. Apesar disso, deve, quando provocado, verificar se há ou não discricionariedade e, quando houver, se foi bem exercida. O ativismo judicial diz respeito à interferência indevida do Poder Judiciário no exercício da discricionariedade. Contudo, o âmbito discricionário é bastante controverso. No neoconstitucionalismo, esse âmbito é restringido pela ponderação de princípios. O controle jurisdicional da discricionariedade exige que o Poder Judiciário supere sua resistência em examinar o orçamento público e verifique se os gastos públicos respeitam o postulado da proporcionalidade.

Palavras-chave: Políticas públicas. Discricionariedade. Poder Judiciário. Ponderação de princípios. Gastos públicos.

Abstract: This paper is aimed at analyzing the control of public policies by the Judiciary from a neo-constitutional perspective. Upon rejecting a political or governmental function, one denies the concept of public policy: it is a matter of legislative or administrative discretion. It is not incumbent upon the magistrate, in the exercise of jurisdiction, to act with discretion. Nonetheless, magistrates should, when so requested, determine whether discretion is in place and, should the answer be yes, whether it has been exercised properly. Judicial review concerns undue interference by the Judiciary in the exercise of discretion. Nonetheless, the discretionary ambit is rather controversial. Under neo-constitutionalism, such ambit is limited through the weighing of principles. The judicial control of discretion demands that the Judiciary overcome its resistance to examine the government budget so that it be able to determine whether government expenditures are in tune with the principle of proportionality.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. . *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.875.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

Key words: Public policies. Discretion. Judiciary. Weighing of principles. Public expenditures.

Sumário: **1** Breve introdução – **2** Natureza jurídica das políticas públicas – **3** Função jurisdicional x discricionariedade – **4** Controle jurisdicional de políticas públicas – Referências

1 Breve introdução

O controle jurisdicional de políticas públicas é um dos assuntos mais debatidos na doutrina brasileira. Foi objeto de inúmeros estudos acadêmicos, muitos deles publicados; há, pois, uma fartíssima bibliografia sobre o tema.¹ Dois fatores contribuíram para isso: por um lado, envolve um problema teórico difícil de ser resolvido; por outro, gera vários desdobramentos práticos. Quer dizer: complexidade teórica e interesse prático, combinação ideal para despertar o interesse acadêmico. Trata-se, na verdade, de uma denominação contemporânea para um problema antigo: a separação de funções. Com efeito: discutir o controle jurisdicional de “políticas públicas” é discutir até onde o Poder Judiciário pode interferir na atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Problema, enfim, difícil e de grande repercussão prática.

A complexidade resulta em acirradas divergências. Há quem se posicione em prol de uma atuação jurisdicional mais pujante e há quem se manifeste enfaticamente contra ela. Quem defende a segunda orientação costuma qualificar de “ativismo judicial” as intervenções judiciais em políticas públicas. Esta é a grande questão: quando o Judiciário deve respeitar a escolha do Legislador e do Administrador, seja a atuação comissiva, fruto de uma decisão legislativa e/ou administrativa pela assunção de certa medida, seja a atuação omissiva, fruto de uma decisão, ainda que não explicitada, pela inação? Quando, em suma, a intervenção jurisdicional sobre a ação ou a omissão governamental viola a separação de poderes? Essas questões envolvem uma série de premissas teóricas e

¹ Destaco, a título de exemplo, sem qualquer pretensão de discriminar todas as publicações sobre o tema, as seguintes monografias: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006 (fruto de tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP em 2000); DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007 (fruto de tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Pará – UFPA em 2006); MAURICIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (fruto de dissertação de mestrado defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ em 2005); BADIN Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013 (fruto de dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP em 2011). Além de monografias, frutos de teses e dissertações — de trabalhos monográficos de maior fôlego, elaborados para obtenção de títulos acadêmicos —, há também muitos artigos sobre o tema. Destaco a excelente coletânea organizada por BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

a discordância sobre as respostas, na verdade, diz respeito a elas. Vale dizer, as pessoas divergem sobre a intervenção jurisdicional em políticas públicas porque divergem sobre o conceito de política ou, mais precisamente, divergem sobre o fato de uma questão estar ou não submetida à escolha dos agentes políticos.

Neste breve estudo pretendo apresentar, de forma bem resumida, as premissas teóricas que adoto e, a partir delas, explicitar minha compreensão sobre o referido problema. Para tanto, dividirei a exposição em três partes: na primeira, examinarei a natureza jurídica das chamadas "políticas públicas"; na segunda, abordarei minha compreensão sobre o papel do Poder Judiciário; na última, exporei, a partir das premissas fixadas nas duas primeiras, meu entendimento sobre o "controle jurisdicional de políticas públicas". Considero, conforme explicarei ao longo da exposição, que meu entendimento está afinado com as premissas teóricas do "neoconstitucionalismo", daí o nome atribuído a este estudo.

2 Natureza jurídica das políticas públicas

A expressão "políticas públicas" é deveras problemática. O ideal seria que ela fosse abolida da *linguagem jurídica*. Infelizmente isso é inviável: já está consagrada. O problema evidencia-se pela própria análise semântica: qual a função do adjetivo? Haveria políticas "privadas" a serem diferenciadas das "públicas", ou toda "política", por definição, é "pública"? A questão refere-se a uma antiga lição hermenêutica: o Direito constrói suas próprias realidades,² de modo que não se deve buscar o significado de uma expressão jurídica na *linguagem comum* ou *natural*, mas na *linguagem jurídica*.³ E qual é o significado de "política pública" na linguagem jurídica? A doutrina, em geral, possui enorme dificuldade de apresentar um conceito preciso. Maria Paula Dallari Bucci, em sua tese de doutoramento, apresenta o seguinte conceito: "políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".⁴ Contudo, em trabalho elaborado após a sustentação da tese, a autora apresenta a seguinte conclusão: "embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito,

² Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Vê-se, assim, a diferença profunda apresentada pelo mundo natural e o mundo jurídico. Daí o caráter formal do direito, sendo uma construção dos homens para entendê-lo e interpretá-lo deve-se levar em conta o que está contido no sistema normativo e não indagar sobre sua aproximação do mundo natural" (Introdução. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). *Elementos de direito tributário*: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 8).

³ Sobre a diferença entre ambas, vide nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 61-62.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, op. cit., p. 241.

é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas”.⁵ Perceba-se: após anos de reflexão sobre o conceito jurídico, a autora concluiu pela sua inexistência. Celso Antônio Bandeira de Mello parece discordar dessa conclusão, propondo o seguinte conceito: “política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país”.⁶ Coerentemente com sua proposta, Bandeira de Mello considera existir, além das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, uma quarta função: a *política* ou de *governo*.⁷

Esse é o ponto de partida fundamental para o conceito de política pública: ela é o resultado do exercício da *função política* ou de *governo*. O exercício da *função legislativa* resulta em *leis*, da *função jurisdicional* em *sentenças*, da *função administrativa* em *atos administrativos*; por conseguinte, o exercício da função política ou de governo resulta em políticas públicas. Venho, porém, defendendo, sem desprestigiar o notável administrativista e todos os que comungam de sua opinião, que simplesmente *inexiste* função política ou de governo. O que se chama “política”, em direito, é, na verdade, “discricionariedade”. Noutras palavras: a função política ou de governo é o exercício discricionário, seja legislativo, seja administrativo. Em suma, o que se chama de função política ou é função legislativa ou é função administrativa.⁸

A teoria dos atos políticos ou de governo foi elaborada pelos franceses para imunizar certos atos do controle jurisdicional. É o que nos revela Paul Duez em sua clássica monografia sobre o tema.⁹ No mesmo sentido, essa foi a conclusão de Eduardo García de Enterría em sua famosa conferência pronunciada na Universidade Barcelona, em 02.03.1962: trata-se de uma categoria que tem por função primordial imunizar certos atos estatais do controle jurisdicional.¹⁰ Ocorre que no direito brasileiro vigente nenhum ato estatal é imune ao controle jurisdicional. Dessarte: todo ato do Estado, seja ele qual for, pode ser impugnado perante o Poder Judiciário, afirmação fundamentada na regra expressa do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Sempre que o Judiciário brasileiro se nega a examinar

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas, op. cit.*, p. 47.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Cap. XIII-34, p. 843.

⁷ *Idem*, Cap. I-10, p. 36-37.

⁸ Cf. nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81-83.

⁹ DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Dalloz, 2006. O autor é taxativo: “L’acte de gouvernement implique l’impossibilité pour le juge d’en contrôler la légalité et parfois d’en assurer l’interprétation” (*Idem*, p. 17).

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed., 3. reimpr. Madrid: Civitas, 2004. p. 57 et seq.

a validade de um ato estatal, considerando-o imune ao controle jurisdicional, incide em lamentável equívoco.¹¹ Ora, se pela Constituição vigente todo ato do Estado pode ter sua validade verificada pelo Poder Judiciário e, se inválido, pode ser invalidado (ou ter sua invalidade sanada),¹² a categoria dos atos políticos ou de governo não tem, no Brasil, préstimo jurídico. Se ela foi criada para a imunização e esta não ocorre, não há sentido em manter a teoria. Daí a conclusão: no direito brasileiro os supostos atos políticos ou são legislativos ou são administrativos, uns e outros sempre passíveis de controle jurisdicional.

O que caracteriza os chamados atos políticos ou de governo é o fato de serem decorrentes do exercício de *competência discricionária*. Em Direito, a política é nada mais nada menos do que discricionariedade. Mesmo a política que *desconfirma* o exercício do poder é juridicizada, pois o direito a considera violação e não propriamente desconfirmação do poder.¹³ E o que vem a ser *discricionariedade*? Sempre que o Direito admite duas ou mais soluções, como igualmente razoáveis, proporcionais, justas, ele imputa a escolha ao agente competente. São decisões próprias do *pluralismo político*. Nesse sentido, quem melhor caracterizou a discricionariedade foi Edmund Bernatzik, nos termos expostos por Afonso Rodrigues Queiró:

Na aplicação do direito, como também em qualquer outra esfera de actividade lógica do espírito, há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar da justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas terceiras pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão.¹⁴

¹¹ É o que infelizmente ocorre, por exemplo, ainda hoje, com o chamado ato parlamentar *interna corporis*: a violação pelo Parlamento de seu regimento importa em invalidade a ser reconhecida e corrigida, quando houver provocação, pelo Poder Judiciário. A jurisprudência, contudo, é pacífica no sentido de que o ato *interna corporis* é imune ao controle jurisdicional. Sobre o tema *vide* a primorosa monografia de SILVA FILHO, Derly Barreto. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003. Dentre as conclusões do autor, todas absolutamente corretas, destaca-se: "ao controlar a atividade dita *interna corporis* do Poder Legislativo – tal como acontece com a fiscalização de ato jurídico público praticado por qualquer outro órgão estatal – o Judiciário também interpreta normas jurídicas (no caso, os dispositivos dos Regimentos), a fim de verificar a legitimidade da atuação parlamentar" (*Idem*, p. 187).

¹² Sobre a correção da invalidade *vide* nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo, op. cit.*, p. 261 *et seq.*

¹³ A desconfirmação rejeita a figura do poderoso; a violação, ao contrário, aceita a figura do poderoso, mas descumpra sua ordem. Sobre a distinção *vide* nosso *Justiça Deontica*. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte, 2012. p. 172-175. Quando, pelo exercício da política, desconfirma-se o poder, o Direito qualifica a desconfirmação como violação e sanciona o violador. A política só não é totalmente juridicizada quando, por meio dela, rompe-se com o Direito, instaurando-se uma nova Constituição. A revolução, o golpe e outros fenômenos similares consistem no exercício da política que rompe com a juridicidade mediante o estabelecimento de uma nova ordem. Sem esse rompimento, toda política é juridicizada.

¹⁴ BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechnung materielle Rechtskraft*, 1886, p. 1-46 *apud* QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948. p. 121.

Essa escolha entre alternativas igualmente admitidas pelo Direito é denominada *discricionariedade*. Trata-se de uma situação jurídica distinta da *liberdade*. Nesta, quem decide pode escolher apenas pelo seu livre-arbítrio e, pois, pode adotar até mesmo a alternativa que seja pior para a finalidade visada. Na discricionariedade, o agente tem a missão de buscar a melhor realização do interesse público e, por isso, não pode assentar-se apenas no livre-arbítrio. Daí dizer que a discricionariedade difere da arbitrariedade.¹⁵

Com essas considerações, chega-se à primeira conclusão deste estudo: a política pública é o resultado do exercício de competência discricionária legislativa e/ou administrativa. Assim, quando o Legislador ou o Administrador Público podem escolher entre a alternativa “A” e a alternativa “B” — ambas válidas —, e eles fazem a escolha, esta se caracteriza como uma política pública. Discorda-se parcialmente de Celso Antônio Bandeira de Mello: não há necessidade de um “conjunto de atos” para haver “política pública”. Mesmo o exercício solitário da competência discricionária pelo Legislador ou pelo Administrador, quer dizer, de um ato legislativo ou administrativo autônomo, não seguido de outro, que seja fruto de competência discricionária, caracteriza uma política pública.

3 Função jurisdicional x discricionariedade

Fixada a natureza jurídica da política pública, resta examinar o papel do Poder Judiciário. Há uma nítida separação entre, de um lado, a função *legislativa* e a *administrativa* e, de outro, a função *jurisdicional*.¹⁶ É correto dizer que o exercício da *política* só cabe ao Legislador e ao Administrador Público, e não ao Judiciário. Coerentemente, enquanto os chefes do Executivo e os parlamentares são eleitos, os magistrados são nomeados por concurso público, não por eleição. E o que significa dizer que não cabe ao Judiciário fazer política? Significa, em absoluta coerência com a conclusão do item anterior, que não cabe a ele exercer *competência discricionária*.

Por isso se diz, com absoluto acerto, que o magistrado é o “oráculo do Direito”:¹⁷ é o agente público encarregado de *dizer* qual é *interpretação correta* do

¹⁵ Sobre a distinção entre *liberdade* e discricionariedade *vide* nosso *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 106 *et seq.*

¹⁶ Em decorrência dessa contraposição Oswaldo Aranha Bandeira de Mello divide as funções estatais em apenas dois grupos: a *fundação administrativa*, que para ele abrange tanto a *legislativa* como a *executiva*, e a função *jurisdicional*. (*Princípios gerais de direito administrativo* – v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-53).

¹⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello pioneiramente chamou o Judiciário de “oráculo da Constituição” (*A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 89-93). Celso Antônio Bandeira de Mello efetuou importante ampliação: “O juiz é o oráculo do direito no caso concreto”. (Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993, p. 114).

sistema normativo vigente. Não tem, ao contrário do constituinte, do legislador e do administrador, a função de *escolher* entre alternativas igualmente admitidas pelo Direito.¹⁸ “Oráculo” não no sentido de que está imune ao erro, mas no sentido de que está habilitado a fixar, de modo definitivo, a interpretação correta para o caso concreto. Para facilitar a distinção entre discricionariedade e interpretação basta um exemplo: suponha-se que alguém peça ao magistrado a concessão de uma antecipação de tutela; ao decidir se defere ou indefere o pleito, o magistrado *não* deve pressupor que o Direito admita, indiferentemente, tanto o deferimento como o indeferimento, quer dizer, não deve pressupor que o habilita, por sua vontade, à luz de suas convicções, a escolher indiferentemente por uma de ambas as alternativas. Tecnicamente, o magistrado deve pressupor que o Direito *exige* uma das alternativas, de modo que ele, julgador, precisa *descobrir* qual é a “vontade” do ordenamento jurídico — conceder a liminar ou negar a liminar.

O exercício da discricionariedade cessa com a interpretação, com a identificação das alternativas igualmente admitidas pelo direito. A interpretação é uma atividade *cognitiva*: trata-se de apurar quais são as normas vigentes e válidas sobre dada situação e qual a interpretação dessas normas. Apurado que há mais de uma alternativa admissível, o passo seguinte é uma atividade *volitiva*: um ato de vontade, e não um ato de razão, ou seja, uma *escolha* e não uma *interpretação*. Em suma: não cabe ao magistrado, quando do exercício da função jurisdicional, fazer escolhas entre alternativas igualmente admitidas pelo Direito, não lhe cabe o exercício de atividade volitiva. Ao magistrado cabe apenas interpretar e não escolher, ato cognitivo e não volitivo: deve dizer qual a interpretação correta, daí, justamente, a etimologia da palavra “jurisdição”.

Assim, quando se trata de exercício de competência discricionária, abrem-se duas alternativas: a) se o agente legislativo e/ou administrativo escolheu uma das alternativas admitidas pelo Direito (o que se chama *mérito* da lei ou do ato administrativo), cabe ao magistrado respeitar a escolha, sob pena de violar a separação de poderes; b) se o agente legislativo e/ou administrativo escolheu alternativa não admitida pelo Direito (ou porque não se tratava de competência discricionária, mas *vinculada* — o direito só admitia, por exemplo, a solução “A” e o agente escolheu a solução “B” —; ou porque, ainda que houvesse duas ou mais alternativas admissíveis e, pois, discricionariedade, o agente optou por uma solução diversa das admissíveis — o direito só admitia a solução “A” ou “B” e o agente escolheu a solução “C”), cabe ao magistrado reconhecer a invalidade da

¹⁸ Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o título jurídico qualificador deles [dos órgãos jurisdicionais] é exata e precisamente este mesmo: exprimir aquilo que o direito é no caso concreto; não aquilo que o direito pode ou poderia ser” (Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de direito público* (RDP), São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out.-dez. 1989, p. 58).

decisão. Quando se trata de *competência vinculada*, o magistrado deve, quando provocado, *substituir* o agente competente e proferir a decisão válida, única admitida pelo direito. Quando se trata de competência discricionária, não pode o Poder Judiciário escolher uma das alternativas: deve invalidar a decisão e indicar ao agente competente quais as soluções possíveis.

O controle jurisdicional da vinculação é diferente do controle jurisdicional da discricionariedade: o primeiro segue o sistema da *substituição*, o segundo da *injunção*.¹⁹ Se o Direito só admite a solução “A” (competência vinculada), e o Legislativo/Administração escolhe a “B”, cabe ao magistrado não apenas invalidar a decisão “B”, mas adotar a decisão “A”. Logo, a função jurisdicional, na competência vinculada, é *substitutiva*. Por exemplo: se o Direito exige o deferimento de uma licença, e o Administrador indefere a licença, o magistrado não apenas invalida o indeferimento como, ele próprio, concede a licença. Ao revés, se o Direito admite tanto a solução “A” como a solução “B” (competência discricionária), e o Legislativo/Administração escolhe a alternativa “C”, cabe ao magistrado apenas invalidar a decisão “C”. Nesse caso, ele não pode fazer a escolha entre “A” e “B”, pois ele não pode exercer a competência discricionária. A função jurisdicional em relação à escolha discricionária segue o sistema da injunção e não da substituição: o magistrado condena o agente competente a efetuar a escolha.

Faço duas observações. Primeira: essa impossibilidade de o magistrado efetuar a escolha gera um problema quando se trata do controle da *omissão estatal* em relação ao exercício da *competência discricionária*. Nesse caso, não se impugna a escolha da alternativa “C”, quando o direito admite apenas a “A” e a “B”, mas o não exercício da escolha. A doutrina em geral afirma que o magistrado não pode efetuar a escolha, mas apenas *pressionar* o agente competente a realizá-la. Essa pressão é efetuada por meio da *tutela inibitória*, mais precisamente pela fixação de multa (*astreinte*), forte estímulo para que o agente competente efetue a escolha. É evidente que o estímulo será mais eficaz se for adotado o *sistema português*, ou seja, se a multa for imposta diretamente sobre o patrimônio do agente responsável (e *culpado*, a responsabilidade não é objetiva) pela omissão. Pelo sistema francês, infelizmente prevalente na jurisprudência brasileira, a multa é imposta diretamente ao erário, cabendo ao Poder Público, posteriormente, ingressar com ação regressiva em face do responsável.²⁰ Defende-se também uma outra solução: a *troca de sujeito*.²¹ Excepcionalmente, principalmente nos casos em que a *astreinte* mostrar-se ineficaz, diante da reiterada omissão do agente competente, pode o magistrado imputar a escolha a um terceiro.

¹⁹ Sobre ambos vide nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 587.

²⁰ Sobre ambos os sistemas vide nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 581-583.

²¹ *Idem*, p. 590-591.

Segunda observação: no direito brasileiro há uma — e apenas uma — *exceção*. Por força do inciso LXXI do art. 5º da CF/88, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, conceder mandado *de injunção* para viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito. Regra geral, a regulamentação de um direito admite duas ou mais alternativas. Por expressa disposição constitucional, atribui-se ao Poder Judiciário a prerrogativa de efetuar a escolha entre as alternativas admissíveis, vale dizer, de exercer a discricionariedade. A escolha valerá para o caso concreto, objeto da ação judicial e prevalecerá enquanto outra não for efetuada pelo agente originariamente competente (Legislador e/ou Administrador). Trata-se, enfim, do único caso em que o Direito admite discricionariedade no exercício de função jurisdicional.

4 Controle jurisdicional de políticas públicas

Fixadas as duas conclusões anteriores, resta enfrentar o tema central deste estudo. Pode-se, de plano, esclarecer que o “controle da política pública pelo Judiciário” não passa do antigo e exaustivamente debatido problema do “controle jurisdicional da discricionariedade Legislativa e Administrativa”. Indaga-se: cabe ao Poder Judiciário, clássica questão, controlar o “mérito” da lei ou do ato administrativo? Se se trata de competência discricionária e o Legislador ou o Administrador restringiram-se às alternativas admitidas pelo Direito, o mérito é intangível. Eis o autêntico *ativismo judicial*: quando o Judiciário invade a competência discricionária e substitui a escolha juridicamente válida do Legislador ou do Administrador por outra, quer dizer, cessada a interpretação, substitui a vontade do político pela sua. Ao fazê-lo, por óbvio, o magistrado viola a separação de poderes. Contudo, se não há competência discricionária ou se ela foi mal exercida, o Judiciário deve efetuar o controle. Assim, cabe o controle do mérito para verificar se, de fato, há mérito: o controle da discricionariedade para verificar se ela, de fato, existe e, existindo, se foi bem exercida. Quando o exercício da discricionariedade é inválido, a intervenção jurisdicional, quando provocada, não configura “ativismo”, nem importa na violação da separação dos poderes.

O grande problema é saber: a) quando há vinculação e quando há discricionariedade; b) e, havendo discricionariedade, quais são as alternativas admitidas e quais são as alternativas não admitidas pelo Direito. Esse é um campo de incessante controvérsia na área jurídica, jamais haverá total consenso sobre ele. Muitos juristas defendem um espaço maior de *indefinição jurídica* e, pois, um campo mais amplo de discricionariedade, ou seja, uma maior amplitude da competência legislativa e administrativa; muitos outros defendem um espaço menor de indefinição e, pois, um campo menos amplo de discricionariedade, e uma

maior amplitude de competência jurisdicional. Quanto mais ampla a discricionariedade, maior é o campo da política e mais pesado o valor da *democracia*; ao revés, quanto menos ampla a discricionariedade, menor é o campo da política e menos pesado o valor democrático. Quem assume a primeira posição, de maximização do espaço discricionário, tende a qualificar pejorativamente a intervenção jurisdicional como *ativismo judicial*. Praticamente, porém, ninguém defende que *tudo* seja discricionário, nem que *nada* seja discricionário.

O debate está essencialmente ligado a duas questões fundamentais, uma filosófica e outra jurídica, umbilicalmente vinculadas. A primeira refere-se ao *cognitivismo moral*: saber se é possível, racionalmente, definir uma questão, para todos, como justa ou como injusta (moral aí é utilizada como sinônimo de justiça²²), ou, noutros termos, admitir que soluções éticas possam ser, universal e objetivamente, definidas como certas ou erradas. Para um não cognitivista a justiça é sempre inerente ao *pluralismo político* e, por conseguinte, a definição do que é certo e do que é errado, do ético ou do não ético, depende sempre da opinião de cada um. Um dos mais famosos não cognitivistas foi Hans Kelsen, para quem a justiça é sempre *relativa*.²³ Com todo respeito aos não cognitivistas, a posição é absolutamente inadmissível. Basta um singelo exemplo: ainda que alguém considere correto aprisionar judeus em campos de concentração, isso é errado. Há questões éticas que não estão no âmbito do pluralismo, não dependem da opinião de cada um.

A segunda questão refere-se à *correção interpretativa*: saber se é possível definir uma interpretação normativa como correta ou como incorreta. Apesar de não haver vinculação necessária entre as posições, é possível dizer que cognitivistas morais tendem a defender a correção interpretativa e não cognitivistas tendem a negá-la. Kelsen, coerente com sua premissa filosófica, defendeu inexistir interpretação correta: o texto normativo seria uma moldura na qual caberiam várias interpretações, sendo a escolha sempre um ato político e não jurídico.²⁴ Ronald Dworkin é um ardoroso defensor da posição oposta: há sempre uma interpretação que seja correta.²⁵ A última posição não implica que todas as questões sobre justiça importem numa resposta objetiva. Isso seria negar a discricionariedade. Dworkin nunca sustentou algo parecido. Há dois tipos de questões éticas: objetivas

²² Para uma dissociação entre o conceito de justiça e de moral *vide* nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 29-62.

²³ Cf. KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 69-71; *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 100-101.

²⁴ É, em síntese, a posição que defendeu no Capítulo VIII da *Teoria pura do direito*, *op. cit.*, p. 463-473.

²⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Ela pressupõe a existência de dois princípios da *integridade*: tanto o editor normativo como o aplicador normativo devem pressupor que o Direito é um todo coerente (*Idem*, p. 213 *et seq.*).

e subjetivas, as primeiras são definidas pelo Direito, independem da opinião dos políticos, as últimas configuram os campos de atuação discricionária, dependem da escolha do agente competente. Cientificamente, percebe-se, a resposta será sempre única: no primeiro caso, a competência é vinculada, a única solução ética admissível é a solução imposta pelo Direito; no segundo caso, a competência é discricionária e o Direito elege a opinião do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Portanto, mesmo na discricionariedade há apenas uma interpretação "correta": é a opinião do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Em suma, a interpretação correta será sempre única: a imposta, de plano, pelo Direito ou a escolhida pelo agente competente.

4.1 Gastos com publicidade

Feitos esses esclarecimentos, é possível redefinir o problema central: saber quais são as questões éticas objetivas, próprias da vinculação, e quais são as questões éticas subjetivas, próprias da discricionariedade. Suponhamos que o Parlamento e o Chefe do Executivo resolvam destinar alguns milhões de reais à propaganda estatal em emissoras de televisão. Pelo princípio da complementariedade, estabelecido no *caput* do art. 223 da Constituição, deve o Estado manter televisões públicas, ou seja, prestar por seus próprios órgãos ou por entidades da Administração indireta o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens (prestação estatal), contratar, sem outorga, o particular para prestar o serviço (prestação pública não estatal) e outorgar, por concessão ou permissão, a prestação do serviço ao particular (prestação privada). Por evidente, a publicidade em emissoras públicas não exige pagamento, ao contrário da publicidade em emissoras privadas. O que sustentam muitos? Há aí autêntica discricionariedade: efetuar ou não a propaganda estatal, desde que respeitadas as exigências e proibições do §1º do artigo 37 da CF/88 (ter caráter educativo, informativo e de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos), é uma decisão política que deve ser respeitada pelos órgãos de controle. Impugnada a publicidade estatal no Judiciário, este deveria respeitar a decisão política, sob pena de caracterizar-se o ativismo e, pois, a violação da separação de poderes.

Discordo. Esse entendimento vem legitimando a "compra" da imprensa pelo Poder Público, o que já é um indício de que a interpretação é equivocada.²⁶ O erro,

²⁶ A interpretação das normas não pode ser efetuada com os olhos fechados para realidade perante a qual elas incidem, de modo que o ser condiciona a compreensão do dever-ser. Cf. nosso *Teoria jurídica da liberdade, op. cit.*, p. 31-35.

todavia, decorre de uma má compreensão, não apenas da realidade, mas também da fenomenologia jurídica. Toda decisão governamental deve ser fruto de uma *ponderação* de valores constitucionais. Consequentemente, para editar uma lei ou um ato administrativo, o Legislador e o Administrador público devem efetuar uma prévia ponderação dos valores (*rectius*, princípios) constitucionais, seja de forma *expressa*, quando houver uma mínima controvérsia sobre a solução preconizada, ou *implícita*, quando não houver uma mínima controvérsia.²⁷ Essa ponderação pode indicar apenas uma solução admissível (vinculação) ou duas ou mais soluções (discricionariedade). A *imputação normativa* justificada apenas pela vontade do agente competente é, no Estado de Direito atual, sempre inconstitucional.

Adoto, pois, premissas neoconstitucionais: o Direito pressupõe uma pretensão de justiça, de modo que toda decisão deve ser fruto de uma ponderação dos valores constitucionais.²⁸ Assim, quando na ponderação entre “P1” e “P2”, “P1” tiver maior peso que “P2”, há vinculação, o direito exige a concretização de “P1”; quando tiver menos peso que “P2”, há vinculação, o direito exige a concretização de “P2”. Haverá discricionariedade quando os pesos forem equivalentes ou aproximadamente equivalentes: “P1P2”, discricionariedade legislativa, quando a equivalência se der no plano abstrato, discricionariedade administrativa, quando a equivalência se der no plano concreto, levando-se em consideração o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador.²⁹

Dito isso, é mister indagar: será que num Estado em que há milhares de pessoas passando fome, morrendo nos corredores de hospitais públicos por falta de vaga, sem vaga em creche ou no ensino fundamental, é admissível que se opte por gastar milhões com propaganda estatal? Numa ponderação, nessas circunstâncias, o gasto só estará *justificado* se as informações forem absolutamente imprescindíveis para salvaguardar a vida dos cidadãos. Não caracterizada essa “imprescindibilidade”, o gasto é *desproporcional*. É possível estabelecer esta diretriz: sempre que o mínimo vital não esteja assegurado a todos os cidadãos, gastos com publicidade estatal tendem a ser inválidos. Aliás, no Estado Social e Democrático de Direito a proteção do mínimo vital ou essencial é alheia à vontade da maioria parlamentar: está inserida no campo da vinculação.³⁰

²⁷ Este é o critério jurídico para definir quando a ponderação deve ser explicitada: quando mais óbvia for a decisão para a comunidade jurídica, menores serão as exigências sobre o conteúdo da motivação. Cf. nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, *op. cit.*, p. 246-248.

²⁸ Por todos: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005. p. 31 *et seq.*

²⁹ Sobre a teoria dos princípios formais *vide* nosso Teoria dos princípios formais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul.-ago. 2016.

³⁰ Cf. nosso *Teoria jurídica da liberdade*, *op. cit.*, p. 152-157.

A satisfação do mínimo vital a todos, que no Estado brasileiro ainda está longe de ser concretizada, não é suficiente para admissibilidade irrestrita da propaganda estatal não violadora do §1º do artigo 37 da CF/88. Em algumas entidades federativas o Poder Público atrasou, por anos e anos, o pagamento dos precatórios. Perceba-se: ainda que assegurado o mínimo vital a todos, optar pela realização de propaganda estatal em detrimento do pagamento dos precatórios é, *prima facie*, desproporcional. Os gatos com publicidade só serão válidos se passarem pelo *teste da proporcionalidade*, e isso só ocorrerá quando o interesse público satisfeito por meio da publicidade ("P1") for superior ao interesse público que seria satisfeito com o emprego dos recursos em outras finalidades ("P2") ou quando, ao menos, possuírem pesos equivalentes ("P1 > P2" ou "P1P2"). Assim, gastos com publicidade exigem verificar o grau de omissão estatal na realização de outros interesses públicos e, numa análise comparativa, averiguar se a omissão apurada justifica ou não a publicidade pretendida.³¹

Sempre que o Poder Público efetuar um gasto com publicidade e esse gasto for impugnado judicialmente, deve o Judiciário *rever* a ponderação legislativa e/ou administrativa. Constatado que o peso dos valores não concretizados pelo Poder Público é maior do que o peso dos valores concretizados pela publicidade, deve o Judiciário invalidá-la, determinando o ressarcimento do erário. Não se trata aí de ativismo judicial, não há violação da separação de poderes: o Judiciário não substitui, nesse caso, a escolha do político, mas constata que a escolha foi, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, equivocada.

4.2 Reserva do possível

Como bem informa Alinie da Matta Moreira, em excelente monografia sobre o tema, a reserva do possível decorre da tradução da expressão alemã "Vorbehaltdes Möglichen".³² Ao que tudo indica, a expressão foi pioneiramente utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgado BVerfGE 33, 303, em que se discutia a admissão de estudantes no curso de medicina. Afirmou o Tribunal: "mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em casa caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade".³³ Alinie da Mata Moreira aceita a diferenciação entre reserva do possível fática e reserva do possível jurídica:

³¹ Cf. nosso Acesso à informação e transparência nas parcerias voluntárias. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. *Parcerias voluntárias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 288-289.

³² MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 51.

³³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 663.

Ambas, em última análise, encontram fundamento em circunstância fática relacionada à escassez de recursos: no caso da reserva do possível fática, simplesmente não existem recursos públicos disponíveis para a implementação do direito postulado e, no caso da reserva do possível jurídica, a escassez de recursos públicos para a concretização do direito pretendido é traduzida nos limites da dotação orçamentária.³⁴

Pouco adiante observa que todas as definições propostas pela doutrina e jurisprudência têm como elemento central a “escassez de recursos”. E conceitua: “de modo geral, um bem é escasso quando não é suficiente para satisfazer as necessidades de todos”.³⁵ A questão é posta nestes termos: tendo o Estado social que garantir a seus cidadãos educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência, proteção à maternidade e à infância, assistência de desamparados (art. 6º da CF/88), e não tendo recursos financeiros para cumprir, de forma ótima, todos os seus deveres, a escolha de quais deveres irá cumprir e de como irá fazê-lo é *discricionária*. Esquemáticamente, suponhamos que o Estado possua “X” reais, e tudo que deve fazer custe mil vezes “X”. Segundo muitos, diante dessa situação, cabe ao Legislador e ao Administrador definirem se vão gastar o “X” com a construção de novos hospitais, de novas creches, de novas universidades, com a implementação de saneamento básico, com o pagamento de precatórios atrasados, com a construção de metrô, com a reforma e construção de novos presídios etc. Feita a escolha, não poderia o Judiciário alterá-la sob pena de violar a separação de Poderes.

Esse raciocínio envolve, contudo, uma grande falácia. Basta consultar um orçamento público para constatar que nem todos os gastos públicos são *prioritários*. Não se pode admitir o raciocínio: “já que não há dinheiro suficiente para fazer o que precisa, pode-se gastar o dinheiro como se bem entender”. Há muitos anos ouvi de um ilustre administrativista, em conferência proferida num conceituado curso de especialização, que se os governantes de um Município resolvessem investir boa parte dos recursos públicos na construção de uma estátua, mesmo que não houvesse na entidade saneamento básico minimamente implementado, a decisão não poderia ser alterada pelo Judiciário, pois, segundo ele, haveria uma indiscutível discricionariedade na escolha de onde investir os recursos. Argumentou que a construção da estátua poderia aumentar as receitas com turismo, tornando, após um tempo, possíveis outros investimentos. Discordei na época e mantenho minha discordância: ainda que haja discricionariedade na escolha de certos gastos públicos, nesse caso ela foi mal exercida. O exemplo é bem apropriado, pois

³⁴ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*, op. cit., p. 90.

³⁵ *Idem*, p. 94.

revela o aludido problema: em muitos e muitos casos não há uma *indiferença jurídica* entre as alternativas.

Assim, cabe ao Judiciário, quando provocado, examinar todo o orçamento público e verificar se houve uma violação jurídica na escolha. Já ouvi muitos argumentarem que seria absurdo gastar recursos públicos com a reforma penitenciária quando faltam leitos em hospitais públicos, pois com isso dar-se-ia prioridade à dignidade do criminoso em detrimento da dignidade do não criminoso. O argumento seria imbatível se a comparação fosse apenas e tão somente entre a alternativa "1" — reforma penitenciária — e "2" — criação de novos leitos hospitalares. Contudo, na realidade, nunca as questões orçamentárias são apresentadas nestes termos. Uma grande quantidade de dinheiro é gasta, por exemplo, com publicidade governamental, outra quantidade é gasta com conforto de governantes. Ademais, impõe-se indagar: há equivalência entre, de um lado, o lazer e, de outro, a saúde, a integridade física, a educação básica? A questão é juridicamente relevante, pois se gasta uma boa quantidade de recursos com o fomento de filmes, peças de teatro etc. Há uma equivalência entre o desenvolvimento econômico e a garantia de integridade física e da educação básica? Uma boa quantidade de recursos é destinada a fomento econômico, empréstimos subsidiados, por exemplo.

Em relação ao fomento econômico, a Lei Federal nº 13.132/2015 autorizou o BNDS a desembolsar quatrocentos e cinquenta e dois bilhões de reais. Segundo o *site* do próprio BNDS, de 2007 a novembro de 2016 ele desembolsou um trilhão, trezentos e quarenta e seis bilhões de reais.³⁶ Daí a pergunta: as alternativas são sempre equivalentes? Fomentar a indústria "X" e liquidar o atraso de precatórios, por exemplo; ou, então, fomentar a empresa "Y" e reformar o sistema carcerário? A partir dessa problematização, considero que a escolha da destinação dos recursos nem sempre é discricionária. Há alternativas que, juridicamente, de modo objetivo, são mais prioritárias que outras. Se o político viola a prioridade estabelecida pelo Direito, a partir da interpretação da ordem constitucional, sua decisão deve sim ser revista pelo Judiciário. Isso não significa que sempre a decisão será vinculada, muitas escolhas não podem ser objetivamente consideradas erradas, são inerentes ao pluralismo político, ou seja, são discricionárias.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal acertadamente rejeita a "reserva do possível" como um obstáculo intransponível ao controle jurisdicional. O *leading case* foi a não disponibilização de creches e pré-escolas para crianças de até cinco anos de idade: "a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental

³⁶ Cf. <<http://www.bndespar.com.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-operacionais/desempenho>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.³⁷ Alguns anos depois, o STF examinou a não realização de implante de marcapasso frênico em vítima de assalto, e assentou que a questão da reserva do possível é inaplicável “sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”.³⁸ Após alguns anos, o STF voltou a se manifestar sobre atendimento de crianças de até cinco anos em creches e pré-escolas, admitindo a imposição de *astreintes* contra o Poder Público para forçá-lo a cumprir a obrigação constitucional, e, especificamente sobre a reserva do possível, assentou:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.³⁹

Poucos anos depois, o STF manteve determinação judicial ao Poder Executivo para adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital de rede pública.⁴⁰ No mesmo ano, a Corte determinou ao Estado do Ceará que implementasse Defensoria Pública local com melhor estrutura administrativa; poucos meses depois, proferiu idêntica decisão para o Estado do Paraná.⁴¹ Determinou a ampliação e melhoria, mediante

³⁷ STF, 2ª Turma, RE nº 410.715 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.05, DJ 03.02.06, p. 76, RTJ 199-03/1219. Transcrevo o trecho da ementa em que o STF afasta a discricionariedade: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

³⁸ STF, Pleno, STA nº 223 AgR/PE, Relator para o acórdão Min. Celso de Mello, j. 14.04.08, DJe-070, divulg. 08.04.14.

³⁹ STF, 2ª Turma, ARE nº 639.337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.11, DJe-177, divulg. 14.09.11.

⁴⁰ STF, 1ª Turma, RE nº 642.536 AgR/AP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.02.13, DJe-038, divulg. 26.02.13.

⁴¹ STF, 2ª Turma, RE nº 763.667 AgR/CE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.13, DJe-246, divulg. 12.12.13; STF, 2ª Turma, AI nº 598.212 ED/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.03.14, DJe-77, divulg. 23.04.14.

astreinte, no atendimento de gestantes em maternidades do Estado do Amazonas.⁴² No ano seguinte, manteve determinação judicial de que o Estado do Paraná custeasse serviços hospitalares prestados por instituições privadas para pacientes do SUS, atendidos pelo SAMU, em decorrência de falta de leitos na rede pública.⁴³ Em 2015 condenou o Distrito Federal a contratar professores especializados em libras para educação de deficientes auditivos.⁴⁴ Também em 2015 manteve condenação judicial de que o Município assegure direito à moradia, mediante aluguel social, a moradoras de residência interditada pela defesa civil em decorrência das chuvas.⁴⁵ Finalmente, também em 2015, a Corte manteve condenação judicial imposta ao Estado do Rio Grande do Sul de execução de obras em penitenciária: "é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais".⁴⁶

Todas essas decisões do STF incorrem num grave problema: em nenhuma delas a Corte examinou o orçamento da entidade federativa e constatou o emprego equivocado de receitas. Ela, implicitamente, parte de uma *presunção* de que houve escolha equivocada dos governantes no emprego dos recursos. Muito provavelmente, em todos os casos a Corte acertou. Contudo, a intervenção jurisdicional não pode se apoiar em presunções. É perfeitamente possível que, à luz das circunstâncias concretas, a presunção esteja equivocada. Cabe ao Judiciário superar sua resistência em examinar o orçamento. Só é possível afirmar que a omissão em relação ao gasto "X" é ilícita a partir da contraposição aos gastos "Y", "W"... "n". Cabe ao Judiciário verificar o peso dos valores concretizados pela realização dos gastos públicos e o peso dos valores não concretizados pela omissão. Quer dizer: o Judiciário, em todos os casos examinados, partiu de afirmações abstratas, sem levar em consideração os recursos existentes e onde eles foram empregados. Corrigido esse equívoco, as premissas estão corretas: a não satisfação do mínimo vital é uma razão fortíssima em prol da invalidade da omissão e, por conseguinte, do emprego de recursos em outras despesas.

4.3 Contracrítica à intervenção judicial

Não são poucos os juristas que criticam essa maior intervenção jurisdicional. Quase todos são árdus críticos ao movimento chamado "neonstitucionalismo". Acusam, em geral, que se está, simplesmente, substituindo a escolha subjetiva

⁴² STF, 2ª Turma, RE nº 581.352 AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.10.13, *DJe*-230, divulg. 21.11.13.

⁴³ STF, 2ª Turma, ARE nº 727.864 AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.11.14, *DJe*-223, divulg. 12.11.14.

⁴⁴ STF, 2ª Turma, ARE nº 860.979/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.04.15, *DJe*-083, divulg. 05.05.15.

⁴⁵ STF, 2ª Turma, ARE nº 855.762 AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.05.15, *DJe*-102, divulg. 29.05.15.

⁴⁶ STF, Pleno, RE nº 592.581/RS, Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.15, *DJe*-018, divulg. 29.01.16.

do governante pela escolha subjetiva do magistrado, sendo que este não é legitimado para fazer a escolha porque não foi eleito.⁴⁷ Nos termos aqui expostos, a controvérsia reside numa premissa filosófica: ser ou não correto afirmar que uma valoração é objetiva, ou seja, independente da opinião de cada um, a ponto de dever ser imposta, mesmo contra a vontade da maioria. Este é o ponto central da discussão: para os neoconstitucionalistas em geral, muitas das questões jurídicas consideradas, pelos positivistas, discricionárias, não o são. Decorrem de uma incorreta interpretação do sistema jurídico.

Os limites deste estudo não comportam uma análise mais aprofundada sobre todos os argumentos contrários à maior intervenção jurisdicional. Apresentar-se-ão aqui apenas dois contra-argumentos, que não foram, até o presente, invocados na farta discussão doutrinária. Cada vez mais se reconhece a íntima ligação entre o *ser* e o *dever-ser*: a interpretação de uma norma não pode ser realizada com os olhos fechados para a realidade à qual ela será aplicada. Consequentemente, o ser interfere, sensivelmente, no dever-ser, pois condiciona a interpretação normativa. Daí a importância dada ao exame do caso concreto por todos os *métodos concretistas* quando da definição da imputação normativa.⁴⁸ Dito isso, afirmo: a realidade brasileira clama pelas teorias jurídicas legitimadoras de uma maior intervenção jurisdicional.

A assertiva é justificada por três fatores. Primeiro: a Administração brasileira é fortemente marcada, em decorrência de uma longa tradição histórica, pelo *clientelismo* e pelo *patrimonialismo*.⁴⁹ Segundo: a *corrupção* atinge, na sociedade brasileira, índices alarmantes.⁵⁰ Terceiro: só existe democracia formal no Brasil,

⁴⁷ Por todos: POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 165-184.

⁴⁸ Sobre os métodos concretistas *vide* nosso Direito e justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte, 2012. p. 67.

⁴⁹ A natureza patrimonialista e estamental da Administração pública brasileira é retratada por FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., 9. reimpr. São Paulo: Global, 2001. p. 819 *et seq.*; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed., 17. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 146. Este último conceitua: "Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos" (*Idem, ibidem*).

⁵⁰ A Organização *Transparência Internacional* publica anualmente um índice de percepções da corrupção (IPC) dos países do globo. Em 2015 o Brasil obteve nota 3,8 (de 0 a 10) e ficou, dentre os 167 países avaliados, em 76º lugar; em 2014 o Brasil obteve nota 3,4 e ficou, dentre os 175 países analisados, em 107º lugar; em 2013 obteve 7,2 e, dentre os 177 países analisados, ficou em 72º lugar; em 2012 o Brasil obteve nota 4,3 e ficou, dentre os 174 países analisados, em 69º lugar (Fonte: <http://www.transparency.org/>). Está bem longe da Dinamarca, que em 2015 ficou em primeiro lugar com a nota 9,1, seguida da Finlândia, com 9,0, e Suécia, com 8,9. Benedito Marques Ballouk Filho e Ronald A. Kuntz fazem várias críticas ao índice (*Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder*. São Paulo: Madras, 2008. p. 35-36). Ainda que as críticas sejam procedentes e o índice não retrate o grau exato da corrupção brasileira, ele permite justificar a assertiva de que no Brasil a corrupção é acentuadamente elevada.

nunca houve democracia material.⁵¹ Durante boa parte da história brasileira só houve democracia de fachada, marcada pelo coronelismo.⁵² Outrossim, a maioria da população brasileira nunca possuiu educação suficiente para escolher, com absoluta liberdade e consciência, seus representantes.⁵³ Diante dessas circunstâncias fáticas, cabe ao Judiciário brasileiro *corrigir* as mazelas de uma massa política despreparada para lidar com a coisa pública. As teorias jurídicas limitadoras da intervenção jurisdicional são, nesses termos, absolutamente inapropriadas para o direito brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005.

BADIN Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALLOUK FILHO, Benedito Marques; KUNTZ, Ronald A. *Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder*. São Paulo: Madras, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 371-390.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out.-dez. 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Introdução. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). *Elementos de direito tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário*, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 1-11.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo – v. I*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

⁵¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 371-390.

⁵² Sobre o coronelismo *vide*, por todos: NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. ed., 6. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

⁵³ Sobre a associação entre democracia e educação *vide* nosso *Teoria jurídica da liberdade, op. cit.*, p. 168.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.
- DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Dalloz, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., 9. reimpr. São Paulo: Global, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed., 3. reimpr. Madri: Civitas, 2004.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed., 17. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 27-358.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça Deôntica. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte, 2012. p. 149-244.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul.-ago. 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação e transparência nas parcerias voluntárias. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. *Parcerias voluntárias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 263-298.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito e justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte, 2012. p. 43-91.
- MAURICIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NUNES LEAL, Victor. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. ed., 6. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 165-184.

- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA FILHO, Derly Barreto. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. "Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.875.
