

---

# O ATIVISMO JUDICIAL E UM NOVO MARCO JURÍDICO- GERENCIAL DEMOCRÁTICO

---

*Juliano Ribeiro Santos Veloso*

*Procurador Federal/Advocacia Geral Da União.*

*Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo de Minas Gerais/  
Fundação João Pinheiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.  
Pós Graduado em Gestão de Negócios/Banking pela Fundação Dom Cabral. Pós  
Graduado em Direito Processual Civil LFG/UNAMA.*

SUMÁRIO: 1 Predisposição à Intervenção; 2  
Implicações Concretas e Formas de Participação;  
3 Novo Marco Teórico; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O ativismo judicial surge em função do distanciamento entre os desideratos constitucionais e as políticas públicas vigentes. Há uma predisposição de intervenção do Judiciário em termos de garantias de direitos nas políticas públicas, o que causa uma readequação nos limites da liberdade (discricionariedade) do gestor público. Por outro lado, as implicações concretas destas intervenções nem sempre podem gerar o resultado esperado, porquanto há uma extensa gama de inter-relações envolvidas que nem sempre estão conscientemente tratadas nas decisões. Diversos são os atores sociais intervenientes (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros) e formas de participação social na gestão devem estar delimitadas. Neste contexto, partindo da Constituição Federal de 1988, um novo marco teórico deve ser capaz de criar um campo fértil no sentido do desenvolvimento da experiência jurídico gerencial das políticas públicas. Este artigo tentará demonstrar a importância e a forma de criação deste necessário modelo de atuação.

**PALAVRAS CHAVE:** Ativismo Judicial. Controle Políticas Públicas. Direito Administrativo Constitucional. Judicialização. Efetivação de Direitos.

**ABSTRACT:** Judicial activism emerges as a function of distance between the desiderata constitutional and public policy in force. There is a predisposition of judicial intervention in terms of guarantees of rights in public policy, which causes a realignment within the limits of freedom (discretion) of public officials. On the other hand, the concrete implications of these interventions can not always generate the expected result, since there is a wide range of inter-relationships involved that are not always consciously addressed in the decisions. Many social actors are involved (associations, unions, prosecutors, judges, academics, among others) and forms of social participation in management should be defined. In this context, starting with the 1988 Federal Constitution, a new theoretical framework should be able to create a fertile ground for the development of legal experience management of public policies. This article attempts to demonstrate the scale and form of establishment of the necessary performance model.

**KEYWORDS:** Judicial Activism. Control of Public Policy. Constitutional Administrative Law. Judicialization. Effectiveness Rights.

O ativismo judicial surge em função do distanciamento entre os desideratos constitucionais e as políticas públicas vigentes. Há uma predisposição de intervenção do Judiciário em termos de garantias de direitos nas políticas públicas, o que causa uma readequação nos limites da liberdade (discricionariedade) do gestor público.

Por outro lado, as implicações concretas destas intervenções nem sempre podem gerar o resultado esperado, porquanto há uma extensa gama de inter-relações envolvidas que nem sempre estão conscientemente tratadas nas decisões. Diversos são os atores sociais envolvidos (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros) e formas de participação social na gestão devem estar delimitadas.

Neste contexto, partindo da Constituição Federal de 1988, um novo marco teórico deve ser capaz de criar um campo fértil no sentido do desenvolvimento da experiência jurídico gerencial das políticas públicas. Este artigo tentará demonstrar a importância e a forma de criação deste necessário modelo de atuação.

Em um primeiro momento será necessário caracterizar esta predisposição do Poder Judiciário em agir em face do distanciamento entre as políticas públicas e as necessidades sociais.

Em seguida, serão exemplificados os problemas das relações nem sempre conscientemente tratadas, e como a participação social pode ajudar a minorar estes problemas adversos.

Por fim, diante deste contexto, será proposta uma releitura dos institutos básicos do Direito Administrativo, de modo a permitir a criação de um marco jurídico gerencial democrático adequado.

## 1 PREDISPOSIÇÃO À INTERVENÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno mundial conforme demonstra GAURI Y BRINKS, citado por ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009. Não há prevalência do político sobre o jurídico e vice-versa. Pelo contrário, em pesquisa realizada em alguns países<sup>1</sup> como Brasil, África do Sul, Índia, Nigéria e Indonésia, ficou demonstrado que o ativismo judicial vem justamente atuar como um “sistema de alarme”, permitindo a realização de “compromissos incompletos”, tendo em vista a opinião pública e os atores sociais relevantes.

Justamente onde o sistema político tem um determinado nível de institucionalização, o ativismo judicial apresenta melhores resultados.

---

1 GAURI Y BRINKS (2008); NELSON y DORSEY (2006) apud ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p 44 a 49.

En la mayoría de los casos estudiados, la intervención judicial no aparece como una vía para debilitar el sistema político, *sino que por el contrario, parece presuponer un cierto nivel o capacidad de reacción de los actores políticos para lograr efectividad*, incluso apunta a resolver problemas de rendición de cuentas o debilidad en la atribución de responsabilidades entre las agencias públicas<sup>2</sup>. (grifo nosso)

O ativismo judicial não é necessariamente bom ou ruim. Isto é, cada caso é um caso. Há diversos casos positivos e diversos casos negativos. Muitas vezes, a disponibilização de medicamentos pelo Judiciário vem suprir uma deficiência do sistema de saúde pública. Todavia, por outro lado, a litigância pode ser inclusive uma estratégia da indústria farmacêutica para vender mais remédios. Há decisões judiciais determinando o fornecimento de remédios que possuem equivalentes genéricos fornecidos pelo SUS, o que é uma aberração.

A doutrina da aplicação dos direitos sociais varia entre dois pólos. Alguns entendem que os direitos sociais não seriam direitos e outros que entendem que seriam direito público subjetivo.

Esta diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos de liberdade deu lugar a diversas concepções sobre o conceito e a estrutura dos direitos sociais. Estas concepções se movem em um amplo espectro, que vai desde aquelas que, como a de Atria, pregam a impossibilidade de entender estes direitos em um sentido jurídico e propõem um entendimento apenas político destes, até aquelas outras que tentam tornar viável uma concepção dos direitos sociais como direitos subjetivos juridicamente aplicáveis.<sup>3</sup>

Neste contexto, o ativismo judicial vem justamente demonstrar uma crescente preponderância daqueles que entendem que os direitos sociais são direitos públicos subjetivos.

É pacífico o entendimento de que o ato administrativo<sup>4</sup> pode e deve ser controlado no que tange a legalidade ampla ou juridicidade, devendo ser respeitado o mérito (conveniência e oportunidade) da Administração. No caso concreto, tendo em vista a teoria dos motivos

<sup>2</sup> ABRAMOVICH. 2009. P 49

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151.

<sup>4</sup> Filiamos à corrente cujo entendimento caminha no sentido de que não há critério diferenciador entre um ato político ou ato de governo puramente dito e um ato administrativo.

determinantes é possível verificar onde termina a discricionariedade, e onde começa a ilegalidade. Isto é, o mérito não pode servir para um salvo conduto ao controle jurisdicional e social.

A política é o início e o fim do Direito. A política deve ter seu espaço legítimo de determinação dos desejos sociais respeitados, mas não pode servir como um escudo ao direito de modo a impedir a realização dos desideratos constitucionais. O ativismo judicial representa a aplicação de um direito substantivo e a forma é um instrumento do direito material, não um fim em si mesmo. Na verdade o político, o jurídico e o técnico convivem harmonicamente. Não deve haver sobreposição de um pelo outro. Cada uma destas variáveis ocupa seu espaço no processo de formulação/implementação das políticas públicas e controle pelo Judiciário.

Os direitos sociais /fundamentais constitucionalmente previstos são perenes a qualquer governo, sendo vedado o retrocesso conforme leciona a melhor doutrina. Contudo, necessário se faz ir mais além, buscando a concretização do princípio da realização progressiva. A sociedade não mais se contenta com ineficiências ou a prestação de serviços sem adequação, e a realização progressiva dos direitos deve ser uma realidade.

Diante deste contexto, o ativismo judicial decorre da própria ineficiência do Estado; decorre da própria incapacidade em realizar os fins constitucionalmente almejados. Representa, na verdade, um sinal de alerta para a Administração.

Esta ineficiência começa na própria gestão dos recursos do orçamento, como, por exemplo, no problema do contingenciamento dos recursos financeiros<sup>5</sup>.

Não há respostas no campo abstrato para assegurar a aplicação dos direitos sociais por meio dos juízes, e até onde pode ir. Somente no caso concreto será possível verificar onde há falácia e onde deve haver juízo de razoabilidade.

Definitivamente, houve uma readequação entre o que é jurídico e o que não é jurídico. E o ativismo judicial representa um fenômeno de expansão dos limites do objeto do Direito, que por sua vez ganha sustentação teórica em correntes como a do neopositivismo ou constitucionalismo da realidade. Neste contexto, muitas dificuldades surgem.

---

5 PINTO, Élica Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 69 - 105.

## 2 IMPLICAÇÕES CONCRETAS E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

O valor Justiça muitas vezes excede a judicialização e muitas vezes é inimiga dele. Os Tribunais podem não ser o melhor local para solucionar diversos problemas de implantação de políticas públicas. Os Tribunais têm dificuldade de estabelecer a conduta devida pela Administração tendo em vista tratar-se de questões políticas e técnicas, de competência, jurisdição, e falta de jurisprudência acerca dos temas. São inúmeras as variáveis envolvidas:

La evaluación de los efectos posibles de un proceso de judicialización de las políticas dependerá de la ponderación de numerosos factores: el alcance del reconocimiento de estos derechos en la Constitución y en las leyes; la interpretación constitucional de las obligaciones que originan; la capacidad de actores sociales relevantes para actuar en representación de los intereses de grupos discriminados o excluidos; la accesibilidad física, material y cultural de los tribunales; el grado de organización y fortaleza de la sociedad civil y su experiencia y capacidad técnica para hacer uso de las herramientas legales; la mayor predisposición de los tribunales a enfrentar este tipo de cuestiones; los sistemas de procedimientos más abiertos o cerrados, y el tipo de remedios o órdenes que los jueces están habilitados para disponer; los mecanismos de selección de jueces y la independencia e imparcialidad de los tribunales respecto del poder político y de ciertos actores sociales relevantes en estos casos; el grado de desarrollo de los sistemas de seguridad social y las capacidades de respuesta del gobierno, del Congreso, y de las burocracias del Estado a las demandas de prestaciones prometidas en los textos jurídicos; entre otros muchos asuntos.<sup>6</sup>

Diante desta complexidade, necessário se faz a qualificação dos juízes e dos operadores do direito para entender os fenômenos econômicos, políticos, financeiros e sociais sob a ótica jurídica. Os juízes não são onipotentes ou onipresentes, necessitam de qualificação adequada, até mesmo para entender laudos técnicos. Na fundamentação das decisões judiciais será possível determinar se estará cumprindo o limite da legalidade ou não. Um governo de juízes é uma distorção do regime democrático. E a sociedade deve estar atenta a isto.

---

6 ABRAMOVICH, op.cit., p. 42.

Este modelo constitucional demanda por ello de los jueces un grado mayor de responsabilidad en la fundamentación y argumentación de sus decisiones, pues el sistema político en su conjunto asume la tensión de no reemplazar arbitrio político por arbitrio judicial.

De allí la importancia de la aplicación de principios claros de interpretación constitucional, que, por supuesto, no eliminan los considerables márgenes de discreción y valoración de los jueces, pero que al menos sujetan la interpretación constitucional a ciertas reglas de argumentación.<sup>7</sup>

Trata-se de um caminho sem volta. A democracia, os direitos humanos e o desenvolvimento são elementos interconectados e interdependentes. Apesar das dificuldades em uma perspectiva teórica de aplicação, o enfoque de direitos, isto é, o reconhecimento de direitos por parte do Estado, de modo a balizar as políticas públicas, e seu reconhecimento judicial, é um caminho para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição.

Por ejemplo, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de Naciones Unidas ha señalado en un trabajo reciente que 'la titularidad de los derechos debe guiar las políticas públicas. Se trata de orientar el desarrollo conforme al marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes, tanto nacionales como internacionales. Esto exige a su vez un contrato o pacto social que debe materializarse políticamente tanto en la legislación como en políticas públicas'(CEPAL, 2006: 14). Agrega el trabajo que resulta fundamental contar con organismos del Estado que sean competentes política y técnicamente, 'a fin de que los derechos sean más exigibles, es decir que se garantice la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derechos

[...]

Este aparente consenso muestra en rigor un profundo disenso, en tanto la definición de la pobreza, como sus causas, son fundamentales a los efectos de diseñar políticas para su superación, y si bien el

7 ABRAMOVICH, op.cit.

consenso esta puesto en pensar en derechos como vía superadora, el disenso se encuentra precisamente en las causas del fenómeno pero también en el contenido de los derechos recomendados y un desconocimiento de los estándares contenidos en cada derecho.<sup>8</sup>

Nas estratégias de desenvolvimento e redução da pobreza é reconhecido amplamente a importância de dotar de poder os setores excluídos e pobres por meio do reconhecimento de direitos quer seja pelo Executivo ou pelo Judiciário.

Há uma mudança de beneficiários/usuários/clientes para titulares de direito.

O direito é um valor ético e político que corre o risco de ficar na retórica se não existir exigibilidade por parte dos seus titulares (sindicabilidade, justiciabilidade ou exigibilidade judicial), o que pressupõe uma técnica de garantia por meio de ações judiciais, ativando mecanismos de responsabilidade. Isto é, o reconhecimento de direito é um reconhecimento de um campo de poder onde está limitada as margens de ação dos sujeitos obrigados.

O indivíduo é sujeito ativo do desenvolvimento econômico e social (Declaração sobre o direito ao desenvolvimento econômico e social Res 41/128). E para exercer este papel, ocupando seu espaço, a tutela dos direitos é de fundamental importância, mesmo tendo em vista as dificuldades na construção da experiência jurídica. O primeiro passo na garantia dos direitos públicos subjetivos em termos de políticas públicas é reconhecer a necessidade de enfrentamento destas dificuldades.

### 3 NOVO MARCO TEÓRICO

Diante desta complexa realidade, necessária se faz a tradução das demandas sociais para a ótica do Direito Administrativo/ Constitucional. No direito penal os operadores do direito já internalizaram o termo “política”, quando tratam da política criminal. No Direito Administrativo e Constitucional, aos poucos, a efetivação das políticas públicas vem ganhando destaque.

O ativismo judicial pode e deve ser traduzido em termos de pressupostos básicos do Direito Administrativo para sua real compreensão e correto encaminhamento das questões postas pelo operador do direito. E, neste sentido, uma proposta de releitura do ato e processo administrativo deverá ser feita.

---

<sup>8</sup> ABRAMOVICH, p. 293.

Não basta mais que o ato administrativo observe somente a finalidade pública produzindo efeitos jurídicos, como seu elemento. Mister se faz, que haja um sexto elemento, qual seja, o “resultado” concreto.

O ato administrativo passaria a ter então os seguintes elementos:

1. Sujeito/competência.
2. Objeto (produção de efeitos jurídicos).
3. Forma
4. Motivo
5. Finalidade (descrição do interesse público primário)
6. Resultado (objetivo concreto)<sup>9</sup>.

A doutrina atual discute a efetividade dos direitos sociais de forma perplexa, sem considerar o fundamento capaz de permitir a compreensão sistemática dentro do Direito Administrativo.

Há uma tendência tanto no Judiciário quanto na Doutrina em reconhecer eficácia imediata àquelas normas que até então dependiam de um programa para serem realizadas. Diversos textos esbarram na perplexidade e nas inter-relações provocadas pelo assunto, sem que haja uma sistematização no âmbito jurídico.

A compreensão dos fenômenos econômicos, sociais, culturais e sua repercussão jurídica, necessariamente passa pela compreensão de que o resultado faça parte do ato administrativo.

Pergunta-se: como será possível mensurar em termos quantitativos ou qualitativos uma política pública, se não for entendido que o resultado faça parte do próprio ato administrativo? Como o Judiciário pode exigir uma determinada prestação ou conduta da Administração, sem perceber todos os elementos do ato administrativo, e determinar qual será o resultado?

A título de ilustração, José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup> entende que pedidos genéricos não são possíveis juridicamente, não atendendo os requisitos das condições da ação. Ele exemplifica que pedidos como “...*Construção e uma escola em cada bairro da cidade; ou o asfaltamento de*

9 CARVALHO FILHO, entende que a finalidade e o objeto seriam vetores do resultado. O objeto seria o fim imediato, ou seja, o resultado prático e a finalidade seria o fim mediato ou interesse coletivo. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. rev., amp. E atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Todavia, muitas vezes o ato administrativo produz efeitos jurídicos, e o resultado concreto não fica visível. Por isto, entendo que o Resultado deve ser um sexto elemento. Barroso faz uma interessante distinção entre eficácia jurídica e eficácia social (BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9 ed atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag 82.)

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-125.

*todas as estradas da região...*” são juridicamente impossíveis, porquanto o Judiciário não poderia expedir decisões obrigando a Administração a realizar estas decisões.

Por isto, o “resultado” como elemento do ato administrativo deve ser descrito em sua especificidade, não podendo ser genérico.

O “resultado” deve ainda ser mensurável quantitativa ou qualitativamente.

O “resultado” deve ser atingível/ alcançável e realista. Não é possível que um ato seja planejado sem que seja verificada a possibilidade fática de ser realizado.

E, por fim, o “resultado” deve ser determinado em um tempo específico.

Em outras palavras, são características do elemento “resultado” do ato administrativo: ser específico, mensurável, atingível/ alcançável, realístico e em um prazo determinado.

Por outro lado, o ato administrativo deve ser visto inserido no processo administrativo, porquanto, aquele faz parte deste. A doutrina é uníssona em dizer que o processo administrativo não só contempla uma forma contenciosa, na verdade é muito mais amplo. Na tentativa de definir este processo administrativo não contencioso, são trazidas algumas definições acerca de políticas públicas, e em seguida, é exemplificado o processo administrativo não contencioso.

*Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades. Vale a pena explicar o conceito.*

Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; prioridades são as metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins.

As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos o elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas públicas. De um lado, as demandas sociais, políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinado lugar

e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral.<sup>11</sup>(grifo nosso)

[..].o ciclo de políticas públicas, que, na rotina, apresenta – em etapas agregadas ou não — a concepção, o planejamento, o orçamento, a hierarquização e a execução de ações, a avaliação, o controle e a realimentação do processo, deve ser cumprido de forma compatilhada entre os entes federativos, com a participação da sociedade, desafiando, portanto, a capacidade de formação de consensos em arenas de maior visibilidade e em território, por vezes, emocional de discussão de temas cadentes.<sup>12</sup> (grifo nosso)

Mas a mudança de paradigmas está em vias de se superar em seus resultados a partir de uma *nova categorização jurídica das políticas públicas como um complexo de processos*, que, partindo da formulação de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo *planejamento, orçamentação e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.*

Com a definição desse complexo de processos administrativos encadeados, as fases políticas e administrativas se tornam mais nítidas, sem perder sua unidade, *de modo a permitir a clara incidência dos controles adequados sobre cada uma delas*, mas garantindo-se sempre o controle judicial, não importa em que fase, sempre que houver direito subjetivo ameaçado ou violado.<sup>13</sup> (grifo nosso)

O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizado agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, *não deve ser entendido como a substituição do político e do administrador pelo juiz, mas, precisamente, no reconhecimento de que cabe a este zelar pelo Direito e não apenas pela lei, ...*

11 CARVALHO FILHO, op.cit, p. 110-111.

12 PIRES, Maria Coeli Simões. Regiões metropolitanas e políticas públicas: uma projeção de seus desafios a partir da realidade da RMBH. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 180/-181).

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 58.

Assim, como o Direito não tolera o arbítrio, tampouco há de aceitar as suas nefastas conseqüências, como as mazelas referidas do desperdício, da malversação, da corrupção, da ineficiência e da omissão do Estado administrador.

Uma última mudança de paradigmas a recordar, toca ao modo de administrar os interesses públicos, consistindo na distinção, cada vez mais nítida, *entre as fases complexas de formulação e de execução da política pública, admitindo, em uma e outra, por instrumentos próprios, a participação de entes da sociedade*, caracterizando-se a abertura de um fértil ciclo de administração pública consensual, em que parcerias e toda sorte de relações de cooperação facilitarão imensamente, pelo menos, o controle da execução, quando não o da própria formulação de políticas em marcha.

Por derradeiro, essa aproximação entre os complexos de sistemas públicos e privados, de Estados e de sociedades plurais e fragmentados, tão bem prenunciada por Massimo Severo Giannini, vem *facilitar a desejável multiplicação de controles, externos e internos, públicos e privados, de fiscalização e de correção, de toda sorte e natureza, com imenso proveito para a sociedade, sem que se venha a suscitar qualquer preocupação com uma eventual duplicação, superposição ou superfetação, pois é mais conveniente que abundem do que faltem, ainda porque, a cláusula geral de acesso ao Judiciário será sempre a solução final para os conflitos.*<sup>14</sup>(grifo nosso)

Em resumo, *políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins.*<sup>15</sup> (grifo nosso)

Neste ponto, percebe-se que todos os autores acima definem a política pública como um processo, um conjunto de atos. A doutrina francesa chama este processo de administrativo não contencioso, e, prefiro chamá-lo de processo administrativo de resultado. Alguns

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 63-64.

15 BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 251.

autores da doutrina brasileira nomeiam este processo administrativo em gracioso, contrapondo o processo administrativo contencioso.

Os limites entre a ilegalidade e a discricionariedade, dentro do ativismo judicial, está na compreensão deste processo administrativo não contencioso em conjunto com o ato administrativo voltado para o resultado. Este processo está presente em diversos textos legais, como a Lei 8080/90, etc. O art. 18, I da Lei 8080/90 é bem exemplificativo, e representa o que seria o mais abrangente em termos de processo administrativo não contencioso.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

Em síntese o processo administrativo não contencioso pode ser assim descrito: Planejar, Executar, Controlar e Avaliar.

O planejamento, execução, controle e avaliação, apesar de previstos em leis são simplesmente ignorados pelos operadores do direito, o que permite gerar decisões judiciais descompassadas com a realidade.

O que se reclama hoje é que as normas além de produzirem eficácia jurídica produzam eficácia social. Que o direito não seja apenas expressão da forma, mas seja materialmente reconhecido. Nesta linha, há um longo caminho para que a experiência jurídica forneça respostas, mas é possível dizer que o caminho começa rediscussão do Direito Administrativo nos seus institutos mais básicos: o ato e o processo administrativo.

Nesta linha, o reconhecimento do sexto elemento “resultado”, do ato administrativo, bem como, do processo administrativo não contencioso ou de resultado descrito em diversos textos legais, visa atender esta lacuna teórica.

Necessário se faz dissecar as políticas públicas em termos do processo administrativo não contencioso previsto nos diversos textos legais, de modo a permitir a delimitação da discricionariedade no detalhe de cada política pública, seja ela da saúde, educação, ou mesmo econômica, monetária, etc.

Lugares comuns, sejam eles nas jurisprudências ou na doutrina, não contribuem para a evolução do direito. Necessário se faz ir mais além, como dito por Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>16</sup>. As pesquisas jurídicas devem sair das bibliotecas para o campo de trabalho, de modo

16 “Duzentos anos de progresso do Direito Administrativo produziram extraordinários frutos em prol da racionalidade e da moralidade nas atividades da burocracia, mas o necessário prosseguimento dessas conquistas exigirá que se adentre essa zona cinzenta, indefinida, volúvel e desafiadora, que se situa mais

a poder mapear as variáveis intervenientes, conferindo relevância ou não sob a ótica jurídica.

Padrões de experiências devem ser delimitados à luz das melhores práticas. Fenômenos econômicos, políticos e sociais devem ser interpretados à sob a ótica jurídica. Não há como utilizar o método sociológico, econômico ou político no Direito, mas o reconhecimento destes pontos de ligação impõe que a interdisciplinaridade seja reconhecida e entendida sobre a ótica do direito e de sua efetividade.

Este raciocínio é inclusive respaldado pelo art 543-A, §1º do Código de Processo Civil, que ao fixar os requisitos para a repercussão geral, estabelece a necessidade de se verificar questões relevantes do ponto de vista econômico, político e social, demonstrando que estes fenômenos devem ser compreendidos sob a ótica da aplicabilidade jurídica.

Como um sistema de vasos intercomunicantes, estas disciplinas exercem influencia sobre o Direito, mas também são influenciadas por este. Deste modo, como um equilibrador de pratos sob varetas, o operador do direito deve tentar equilibrar ao mesmo tempo todas estas variáveis para que se alcancem os desideratos constitucionais.

O pressuposto é que os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais *são universais, indivisíveis e interdependentes*.

Há um consenso em que os direitos não são somente ideais a serem atingidos, podem e devem ser exigidos

Nas diversas intervenções não há um diálogo global com as distintas e sucessivas políticas com seu grau de cumprimento.

O Estado é o garantidor destes direitos conforme esculpido na Constituição

O Império da lei não significa somente ter textos legais, mas deve se buscar a efetividade destes textos. Isto é, a lei é a chave para garantia dos direitos em um estado democrático. E para ser cumprida, mister se faz instituições legítimas e eficientes capazes de formular e

---

além: no espaço que vai da política à administração pública, onde se encastelou o arbítrio nos Estados contemporâneos, com a sua corte de mazelas.

Para tanto, é mister, desde logo, reconsiderar a missão do Direito Administrativo a partir de suas próprias conquistas, repensando tanto a sua nova dimensão pós-moderna quanto o instrumental que será necessário para provocar mais um salto qualitativo \_ desta feita, visando ao controle do ciclo de políticas públicas, um conceito ainda em formação, mas que oferece um aberto desafio ao Direito em razão da resistência de seu núcleo duro, império ao judicial review, não obstante os avanços do hard look review em prática no direito norte americano e em todo mundo, até mesmo porque expressiva parcela da classe política ainda resiste ao que considera uma perda de poder.” Pag 59. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008.

implementar políticas públicas, que sejam monitoradas por controles rigorosos, focados em resultados.

Em suma, percebe-se a necessidade de uma reorganização do direito público a partir de noção de políticas públicas. E a proposta de uma releitura do ato e do processo administrativo conforme acima exposto, vai ao encontro dos desideratos constitucionais.

É forçoso reconhecer razão à crítica de meu amigo Gilberto Bercovici quanto a minha proposta de reorganização do direito público a partir da noção de políticas públicas, *pelo menos até que se organize um arsenal teórico suficiente para compreender, analítica e prescritivamente*, os mecanismo de ação governamental como propulsores da ação coletiva. Dessa compreensão acumulada poderá resultar o entendimento mais rico dos múltiplos mecanismos de ação do Estado e essa noção central, sim, poderá ensejar uma reordenação do direito público.<sup>17</sup> (grifo nosso)

Na mesma linha, Gustavo Binbenojm defende a reformulação do Direito Administrativo à luz dos direitos fundamentais e da democracia.<sup>18</sup>

Os direitos fundamentais são interesses públicos perenes/permanentes que independem das mudanças de governo. Da mesma forma, uma teoria capaz de justificar a sua aplicação, mesmo que seja por meio do Judiciário, também deve ser perene.

#### 4 CONCLUSÃO

Um novo marco jurídico gerencial democrático surge com o ativismo judicial. Pode se tratar de um aperfeiçoamento do sistema político/jurídico/gerencial, quando bem delineado. Como visto, vários fatores são intervenientes, e para evitar distorções do sistema de equilíbrio de poderes, bem como fazer prevalecer os valores democráticos, mister se faz a dissecação do caso concreto de modo a delimitar onde termina a discricionariedade e onde começa a ilegalidade. Neste diapasão, uma visão do ato administrativo com o sexto elemento ou atributo, o “resultado”, conjuntamente com o processo administrativo não contencioso, permite um aperfeiçoamento da leitura dos fenômenos

17 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 256.

18 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 2 ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P 320

econômicos, financeiros, sociais e políticos sob a ótica jurídica, bem como o aperfeiçoamento da participação dos diversos atores sociais<sup>19</sup>, contribuindo para o melhoramento do sistema.<sup>20</sup>

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. *La Revisión Judicial de Las Políticas Sociales*: estudio de casos. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9 ed atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-125.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev., amp. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FORTINI, Cristiana. Controle jurisdicional dos contratos administrativos: controle de legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria

19 O Planejamento, dentro do processo administrativo não contencioso, por exemplo, é o momento em que a participação social tende a ganhar grande relevância.

20 A limitação de espaço impediu que outros assuntos pertinentes ao tema fossem tratados. Espera-se que no debate seja possível suscitá-los.

Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 41-48.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 58

PINTO, Élida Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 69-105.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

