

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

LETÍCIA BARBOSA

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DAS DECISÕES
POLÍTICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

LETÍCIA BARBOSA

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DAS DECISÕES
POLÍTICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Tiago Neu Jardim.

Santa Rosa
2021

LETÍCIA BARBOSA

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DAS DECISÕES
POLÍTICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



[Tiago Neu Jardim \(Jul 18, 2021 21:23 ADT\)](#)

Prof. Ms. Tiago Neu Jardim – Orientador



[Cláudio Rogério Sousa Lira \(Jul 19, 2021 10:52 ADT\)](#)

Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira



[Luciano A. O. Paz \(Jul 19, 2021 10:59 ADT\)](#)

Prof. Ms. Luciano Augusto Paz de Oliveira

Santa Rosa, 13 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, aos meus pais, Selmira Barbosa e Elias Barbosa, pois este trabalho é fruto de todo amor, confiança e apoio que sempre dedicaram a mim.

Dedico também aos meus familiares e amigos, os quais sempre acreditaram no meu potencial e entenderam que em muitos momentos tive que me ausentar para me dedicar aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu professor orientador Prof. Tiago Neu Jardim, que sempre esteve a disposição para auxiliar nas dúvidas, das mais triviais as mais complexas. Professor no qual tenho profunda admiração, como profissional por toda sua dedicação e empenho com o ensino, bem como ser humano por toda sua humildade.

Agradeço a todos os demais profissionais e amigos com quem convivi durante o período do curso, pois cada convívio nos torna mais experientes, únicos e humanizados.

Se a liberdade significa alguma coisa,
será sobretudo o direito de dizer às outras
pessoas o que elas não querem ouvir.

- George Orwell.

RESUMO

Os limites e possibilidades do controle judicial do mérito das decisões políticas de cunho discricionário da Administração Pública, frente aos princípios da conveniência e oportunidade no atual ordenamento jurídico brasileiro, tema do presente trabalho. A delimitação temática focaliza a intervenção das decisões do Poder Judiciário com relação as deliberações políticas da Administração Pública observando os princípios da Constituição Federal de 1988. O problema da presente pesquisa se debruça na seguinte questão: Os limites para a intervenção do Poder Judiciário no mérito político das decisões da Administração Pública, como justificativa para efetivar os direitos e garantias fundamentais seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal de 1988? O objetivo geral da pesquisa se perfaz na construção teórica acerca das intervenções do Poder Judiciário no mérito político das decisões discricionárias da Administração Pública. Possui como objetivos específicos: a) Estudar o neoconstitucionalismo frente ao princípio da separação dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Analisando o espaço político no Estado Democrático de Direito com relação ao conflito entre jurisdição e democracia; b) Pesquisar acerca do controle judicial no mérito político das decisões discricionárias da Administração Pública nas questões que versem sobre direitos fundamentais frente a teoria da reserva do possível; c) Correlacionar a distinção entre direito coletivo e interesse privado, na busca pela efetivação e implementação do interesse público. A justificativa ocorre pela intervenção indevida do Poder Judiciário nas decisões políticas de cunho discricionário da Administração Pública. Considera-se relevante este estudo por possibilitar averiguar se as intromissões entre os poderes, se justificam para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, positivados na Constituição Federal de 1988. O trabalho foi dividido em três capítulos, no primeiro, estuda-se o neoconstitucionalismo frente ao princípio da separação dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal de 1988, concluindo-se que o Poder Judiciário através das suas decisões, limita o poder discricionário da Administração Pública. No segundo, pesquisou-se acerca do controle judicial no mérito político das decisões discricionárias da Administração Pública nas questões que versem sobre direitos fundamentais frente a teoria da reserva do possível, concluindo que os administradores públicos são detentores de parcela do poder decisório do Estado, mas devem pautar suas decisões na legalidade. E, por fim, no último capítulo estudou-se a distinção entre direito coletivo e interesse privado, correlacionando-os na busca pela efetivação e implementação do interesse público. Esta se tornou uma preocupação do legislador, a ponto de fazer alterações na LINDB (Lei de introdução no Direito Brasileiro), com o viés de análise das consequências das decisões, para que fossem tomadas da melhor forma possível, motivadas e fundamentadas.

Palavras-Chave: controle judicial – mérito político – decisões discricionárias – Administração Pública.

ABSTRACT

The limits and possibilities of judicial control of the merit of political decisions of discretionary nature of the Public Administration, facing the principles of convenience and opportunity in the current Brazilian legal system, the theme of this work. The thematic delimitation focuses on the intervention of the Judiciary in relation to the political decisions of the Public Administration, observing the principles of the Federal Constitution of 1988. The problem of the present research focuses on the following question: Would the limits to the intervention of the Judiciary in the political merit of the Public Administration's decisions, as a justification to enforce fundamental rights and guarantees, be an affront to the principle of the separation of powers, contained in article 2 of the Federal Constitution of 1988? The general objective of the research is the theoretical construction about the interventions of the Judiciary in the political merit of the discretionary decisions of the Public Administration. It has as specific objectives: a) To study the neoconstitutionalism in face of the principle of separation of powers, contained in art. 2 of the Federal Constitution of 1988. Analyzing the political space in the Democratic State of Law in relation to the conflict between jurisdiction and democracy; b) Research about the judicial control on the political merit of the discretionary decisions of the Public Administration on issues that deal with fundamental rights facing the theory of the reserve of the possible; c) Correlate the distinction between collective right and private interest, in the search for the effectiveness and implementation of the public interest. The justification occurs due to the undue intervention of the Judiciary in the political decisions of discretionary nature of the Public Administration. This study is considered relevant because it makes it possible to determine whether the interference between the branches of government is justified in order to enforce the fundamental rights and guarantees set forth in the Federal Constitution of 1988. The paper is divided into three chapters. In the first, neoconstitutionalism is studied in light of the principle of the separation of powers, contained in Article 2 of the Federal Constitution of 1988, concluding that the Judiciary, through its decisions, limits the discretionary power of the Public Administration. In the second chapter, we researched the judicial control of the political merit of the discretionary decisions of the Public Administration on issues that deal with fundamental rights in light of the theory of the reserve of the possible, concluding that the public administrators hold a portion of the State's decision-making power, but must base their decisions on legality. And, finally, in the last chapter, the distinction between collective rights and private interests was studied, correlating them in the search for the effectiveness and implementation of the public interest. This has become a concern of the legislator, to the point of making changes in the LINDB (Law of introduction in Brazilian Law), with the bias of analyzing the consequences of decisions, so that they are taken in the best possible way, motivated and grounded.

Keywords: judicial control – political merit – discretionary decisions – Public Administration.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

LINDB – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro

n. - número

p. – página

§ - parágrafo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL	16
1.1 REFLEXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA RECONFIGURAÇÃO DOS TRÊS PODERES	18
1.2 O ESPAÇO DA POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
1.3 ANÁLISE EM TORNO DO CONFLITO ENTRE JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA	23
2 CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO	26
2.1 A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”	28
2.2 CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CHAMADO MÉRITO POLÍTICO	32
2.3 A INDISPENSABILIDADE DA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DAS DECISÕES: OS IMPACTOS DA LEI Nº 13.655/2018 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	00
3 EM BUSCA DE UM NOVO SENTIDO DE “INTERESSE PÚBLICO”	00
3.1 INTERESSE PÚBLICO: DA IMPRECISÃO TERMINOLÓGICA À TENTATIVA DE EFETIVAÇÃO	00
3.2 DISTINÇÕES ENTRE DIREITO COLETIVO E INTERESSE PRIVADO	00
3.3 LEGITIMAÇÃO E VALIDADE: AFINAL, A QUEM COMPETE IMPLEMENTAR O INTERESSE PÚBLICO?	00
CONCLUSÃO	00
REFERÊNCIAS	00

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia são os limites e possibilidades do controle judicial do mérito das decisões políticas de cunho discricionário da Administração Pública, frente aos princípios da conveniência e oportunidade. No Brasil, a administração pública é pautada por alguns princípios, dentre eles os princípios da conveniência e oportunidade, para tomada das decisões que lhe são pertinentes. Portanto, o administrador, respeitando os demais limites que lhe são impostos e dentro da legalidade, tem a discricionariedade para decidir e escolher onde aplicará os recursos financeiros que estão à sua disposição. Porém, concomitantemente com esta situação, tem-se outros dois acontecimentos que ocorrem no Brasil, a chamada judicialização da política e o ativismo judicial.

A judicialização da política, é um fenômeno natural que ocorre no estado democrático de direito, sendo a tomada de decisões políticas, pelos órgãos judicializadores, ocorrendo parcela de transferência de um poder ao outro. Por sua vez, o ativismo judicial é o controle das decisões discricionárias da Administração Pública, pelo Poder Judiciário, quando este, ao proferir suas decisões, tenta efetivar de forma ampla os preceitos constitucionais, interferindo de maneira ativa na esfera do administrador público.

Ao lado destas situações, tem o cidadão que possui direitos e garantias positivados na Constituição de diversas classes, sendo recomendado que sejam efetivados pelos administradores públicos, bem como por toda a rede de órgãos que compõem o Estado. Ainda, apesar de conter na Constituição, de forma positivada, direitos e garantias para os cidadãos, para que estes se efetivem há uma série de aspectos que devem ser levados em consideração. Um dos aspectos que mais influenciam a concretização destes, é a questão orçamentária, que deve ser guiada pela igualdade entre todos os cidadãos e necessidades do Estado.

A intervenção e controle das decisões do Poder Judiciário com relação as deliberações políticas de cunho discricionário, da Administração Pública. Observando

os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro sob o viés da Constituição Federal de 1988, consistindo esta na delimitação temática.

O problema da presente pesquisa reside na seguinte questão: Os limites para a intervenção do Poder Judiciário no mérito político das decisões da Administração Pública, como justificativa para efetivar os direitos e garantias fundamentais seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal de 1988? O presente trabalho tem as seguintes hipóteses:

- a) A análise da teoria do constitucionalismo dirigente, cunhado pelo Professor José Joaquim Gomes Canotilho, suprime os espaços de deliberação política e limita as possibilidades do discurso democrático, nos termos preconizados por Jürgen Habermas;
- b) A consolidação do Estado Democrático de Direito tem como pressuposto a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, que são limitados por circunstâncias de natureza orçamentária, como a reserva do possível demonstra.

O objetivo geral da pesquisa é investigar se a intervenção do Poder Judiciário no mérito político das decisões da Administração Pública sob a alegada omissão do Poder Público viola ou não o princípio da separação dos poderes ou se o ativismo judicial consistiria em uma condição de possibilidade para consolidação da democracia. Tendo como objetivos específicos, estudar o neoconstitucionalismo frente ao princípio da separação dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Analisando o espaço político no Estado Democrático de Direito com relação ao conflito entre jurisdição e democracia; pesquisar acerca do controle judicial no mérito político das decisões discricionárias da Administração Pública nas questões que versem sobre direitos fundamentais frente a teoria da reserva do possível; e, estudar a distinção entre direito coletivo e interesse privado, correlacionando-os na busca pela efetivação e implementação do interesse público.

A justificativa da pesquisa consiste na intervenção indevida do Poder Judiciário nas decisões políticas de cunho discricionário da Administração Pública está cada vez mais recorrente, percebendo-se esta temática através das decisões dos tribunais. A partir desta análise, constata-se o fenômeno da teoria do constitucionalismo dirigente, fato que torna relevante a realização desta pesquisa.

Considera-se relevante este estudo por possibilitar averiguar se estas intromissões de um poder em outro, se justificam para que ocorra a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, positivados na Constituição Federal de 1988. Levando em consideração os princípios inerentes da Administração Pública, que surgem elencados com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo uma inovação no ordenamento jurídico, pois até então nenhuma Carta Magna havia expressado estes princípios norteadores.

Para melhor compreensão do tema abordado, será feita uma construção histórica, passando pelo neoconstitucionalismo, princípio da separação dos poderes e então o controle judicial das decisões discricionárias da Administração Pública, para então findar o presente trabalho com a questão da efetividade do interesse público. A pesquisa é viável, uma vez que o acesso à geração de dados é condizente com o problema da pesquisa. A fundamentação teórica encontra-se disponível ao estudo em meios eletrônicos e físicos. Por meio da doutrina e da legislação vigente, torna-se acessível realizar um recorte na temática para a análise.

Sendo uma temática de cunho constitucional, se torna relevante para a construção do conhecimento desse âmbito dos saberes acadêmicos, apresentando-se como viável e coerente. Trata-se de um tema de importância para os pesquisadores, acadêmicos e aplicadores do Direito. Visto que focaliza as intervenções do Poder Judiciário, nas decisões políticas de cunho discricionário da Administração Pública. Sendo, contudo, uma pesquisa acadêmica, há a incapacidade de apenas discorrer sobre a temática, sem adentrar no debate sobre a mesma.

Dessa forma, como o objetivo geral da monografia é analisar o princípio da separação dos poderes contido na Constituição Federal de 1988, a fim de averiguar o controle judicial do Poder Judiciário, nas políticas públicas do Poder Executivo, no Brasil, nas questões que versam sobre direitos e garantias fundamentais, a pesquisa caracteriza-se como explicativa e teórica.

A investigação será qualitativa e fins explicativos. A geração dos dados acontece por documentação indireta, por meio de revisão bibliográfica. A análise e a interpretação das informações têm o método hipotético-dedutivo como principal, além do histórico e do comparativo como secundários. Portanto, para que o presente trabalho possa proporcionar conhecimento científico tanto para a pesquisadora como para aqueles os quais o trabalho alcançará, é necessária a utilização de sistemáticas

e metodologias, tornando o estudo crítico, para haver um nível de compreensão e explicação a respeito de tema apresentado.

Ademais, importante salientar que é de suma importância a utilização das referidas sistemáticas e metodologias acima expostas para justamente diferenciá-lo do conhecimento comum. Não sendo menos importante este, mas necessário o conhecimento científico para o aprofundamento das questões e um posicionamento crítico.

A construção deste estudo teórico, ocorrerá por meio de três seções, que tratam de maneira a realizar a construção do conhecimento de forma a abordar os objetivos propostos. Na primeira seção, demonstra-se a conceituação do neoconstitucionalismo e ativismo judicial, do princípio da separação dos poderes contidos no art. 2º da Constituição Federal de 1988 e a análise do espaço político no Estado Democrático de Direito com relação ao conflito entre jurisdição e democracia, conforme exposto no primeiro objetivo específico desta pesquisa.

Na segunda seção, o estudo se voltará para o controle judicial no mérito político das decisões discricionárias da Administração Pública nas questões que versem sobre direitos fundamentais frente a reserva do possível, como exposto no segundo objetivo específico. Na terceira seção, será realizada uma análise quanto as distinções entre direito coletivo e interesse privado, na busca pela efetivação e implementação do interesse público, como exposto no terceiro objetivo específico.

Busca-se a tentativa de iniciar uma consideração acerca do tema que será desenvolvido na monografia, tendo como princípios a separação dos poderes contido no art. 2º, da Constituição Federal de 1988, bem como da conveniência e oportunidade, estes inerentes a Administração Pública. Com a intenção de correlacionar as perspectivas apresentadas nas seções seguintes, a fim de alcançar responder o problema de pesquisa do presente trabalho.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Muito se tem discutido sobre as novas perspectivas do constitucionalismo diante das inúmeras e rápidas transformações da sociedade. Portanto, para que possa ocorrer a compreensão deste assunto de uma forma global, há de ser realizado um estudo aliando o viés constitucional com as mudanças da sociedade. Neste capítulo, em um primeiro momento serão expostas ideias para que o leitor se situe no campo de pesquisa de cunho constitucional, após se faz necessário um breve histórico do conceito de constitucionalismo, para depois de compreendidas estas premissas, adentrar no conceito do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial. Compreendidas as questões e premissas expostas, o leitor encontrará uma análise de forma a confrontar as ideias no campo político e jurídico.

O constitucionalismo é a forma de controle do poder estatal, instituído através de um documento escrito, determinado e elaborado diante de algum fato histórico, tendo como resultado a constituição de determinado país. Ao realizar este controle do poder estatal, ocorre a confirmação da supremacia e da rigidez constitucional. Com a constatação do elemento fundamental do constitucionalismo, sendo a supremacia constitucional, ocorre o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, onde caberia ao Poder Judiciário interpretar as leis constitucionais e, por conseguinte resolver os litígios que chegam ao seu conhecimento, através da invalidação das normas que seriam contrárias a Constituição (MARTINS, 2017).

Percebe-se que o neoconstitucionalismo é o reflexo da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, pois há a transferência da posição primordial antes da lei para a então Constituição. Ocorre um processo de constitucionalização do Direito, onde a forma de interpretação e aplicação do direito constitucional, das normas e garantias dos direitos fundamentais é marcada pela diferenciação entre as regras e sua aplicação, dá-se por meio do princípio da ponderação (EVANGELISTA, 2014).

O neoconstitucionalismo surge não só quando a atuação jurisdicional invalida uma norma contrária à constituição, mas também quando confronta a omissão estatal, na efetivação do cumprimento dos programas constitucionais positivados na constituição (MARTINS, 2017). Importante observação se perfaz na análise entre os sistemas político e jurídico, com a politização do Poder Judiciário, quando este tenta

controlar os atos administrativos, através de funções judicantes nos órgãos legislativos e administrativos (CAMPILONGO, 2011).

No momento em que o Poder Judiciário atua de forma intensiva, com rigor no espaço de atuação dos outros dois poderes, sendo o Poder Legislativo e o Poder Executivo, na realização dos preceitos constitucionais, têm-se a ideia do ativismo judicial. O ativismo judicial pode se manifestar por meio de algumas formas, conforme explica Barroso, em seu Curso de Direito Constitucional contemporâneo:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2019, p. 274 e 275).

Para melhor compreensão dos limites do conceito do ativismo judicial deve-se levar em conta que o Poder Judiciário enfrenta decisões programantes e decisões programadas, nas palavras de Campilongo, em sua obra Política Sistema Jurídico e Decisão Judicial. A distinção entre as decisões programantes e programadas, ocorre justamente no viés do sistema político. Sendo as decisões judiciais de cunho programado, pois já se encontram limitadas pelo processo do direito positivo, que as partes trazem ao conflito. Cada tipo de decisão mesmo que com características relativas e próprias, as suas diferenças se evidenciam, no viés da comunicação jurídica e política (CAMPILONGO, 2011).

Em contraponto com o ativismo tem-se a autocontenção judicial, este conceito retoma a premissa de que o Poder Judiciário deve tentar se afastar tanto quanto possível das intromissões naquilo que é atribuição dos outros Poderes. Nas palavras de Barroso, em sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pode-se averiguar três pontos importantes da temática:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil. (BARROSO, 2019, p. 276).

A notável diferença entre os dois conceitos está nas discrepâncias que ambos trazem na sua aplicabilidade. No ativismo judicial a ideia é a prevalência da formação jurídica dos aplicadores do Direito, extraindo todo potencial do texto constitucional. Na autocontenção judicial a ideia é restringir a aplicabilidade exacerbada dos textos constitucionais com tendência para o legislador ordinário. Com vistas para esses dois conceitos, tanto os defensores da primeira ou da segunda ideia, ambos concordam de que é no Poder Judiciário, que tem a supremacia judicial, ou seja, este é o poder com legitimidade para melhor interpretar o texto constitucional, assim como as demais leis (BARROSO, 2019).

Para que ocorra a compreensão de como ocorre a intromissão do Poder Judiciário nas esferas dos outros dois poderes, é necessário entender a configuração dos três poderes e como estes atuam dentro do regime jurídico vigente, observando os limites de atuação de cada um deles, bem como os limites de interferência entre os poderes.

1.1 REFLEXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA RECONFIGURAÇÃO DOS TRÊS PODERES

Para melhor compreensão do tema abordado, primeiramente serão abordados os fundamentos da separação dos poderes, com um breve contexto histórico da organização dos poderes que constituem o aparato estatal. A partir do final da Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança de paradigma com relação a justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, sendo então exercida pelos poderes Legislativo e Executivo, nas palavras de Barroso, em seu artigo Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática (BARROSO, s. d.).

A separação dos poderes não se perfaz na separação do poder político do Estado, mas recai sobre as funções básicas estatais ou mesmo, nas palavras do autor, na divisão funcional do poder político do Estado. Para que o poder não se concentre em uma só pessoa, o que poderia gerar situações de abusividade do poder. No Estado Absolutista, o poder se concentrava apenas com a figura do monarca, ou seja, este era o responsável por todas as deliberações pertinentes ao Estado. Passando para o Estado Liberal, ocorreu a transição para a separação dos poderes,

através do reconhecimento dos direitos individuais, sendo este o próprio fundamento da origem do direito constitucional (PINHO, 2018).

Primeira menção desta separação dos poderes ocorreu por Aristóteles, em sua obra intitulada “Política”, seguido por John Locke e afirmada por Montesquieu, na obra “O espírito das leis”. Nas lições de Moraes, em seu livro de Direito Constitucional, a divisão sistêmica dos poderes, tem o intuito de garantir as premissas do Estado Democrático de Direito. Portanto, na Constituição Federal de 1988 houve a garantia de que esses poderes fossem independentes, porém harmônicos entre si. De forma que suas funções fossem divididas, para assegurar as prerrogativas e imunidades a cada poder inerente, para melhor desempenho das suas atribuições. No texto constitucional também há previsão de controle entre estes poderes (MORAES, 2003).

Em nossa carta magna, no seu art. 2º, é possível encontrar de forma expressa que os poderes do Estado são harmônicos e independentes entre si. Reforçando a premissa de que todos os poderes do Estado deverão buscar obter a finalidade maior do Estado, qual seja, o bem comum a todos os seus indivíduos. Por meio desta divisão dos poderes do Estado surgem dois elementos: a especialização funcional e a independência orgânica, nas palavras de Pinho. Para que as funções básicas estatais possam ser designadas a órgãos independentes uns dos outros. Ao realizar a análise deste sistema de separação dos poderes deve ser levado em consideração que cada Poder exerce suas funções básicas e típicas, mas em concomitância ocorrem interferências de um poder no outro, pois este não é um sistema rígido (PINHO, 2018).

Para estas interferências mútuas, no sistema norte-americano foi designado o termo *checks and balances* (pesos e contrapesos). Pode-se identificar exemplos da utilização desse termo em nossa Constituição Federal de 1988, como Pinho esclarece:

O Poder Executivo edita medidas provisórias com força de lei (CF, art. 62) e participa do processo legislativo, tendo matérias de iniciativa legislativa privativa (CF, art. 64, § 1º) e amplo poder de veto (CF, arts. 66, § 1º, e 84, V). Todavia, esse veto não é absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo (CF, art. 66, § 4º). Os juízes e tribunais, por sua vez, podem declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos administrativos editados pelo Poder Executivo (CF, arts. 97, 102, I, a, e 125, § 2º). Já o Chefe do Poder Executivo escolhe e nomeia os Ministros dos Tribunais Superiores, após prévia aprovação pelo Senado Federal (CF, arts. 52, III, e 84, XIV). E se o Presidente da República e outras altas autoridades federais cometerem crime de responsabilidade, o processo de impeachment será julgado pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, arts. 51, I, 52, I, II e parágrafo único, e 86). (PINHO, 2018, p. 66).

Ademais, se faz necessário um breve recorte na temática, para que não reste ambiguidades com relação a pequenas diferenças atinentes na questão da separação dos poderes e na organização político-administrativa do Estado. A organização político-administrativa de nosso país se encontra expressa no art. 1º combinado com o art. 18 da Constituição Federal de 1988. Sendo uma forma de estruturar os entes federativos que compõem a federação brasileira (LENZA, 2019). Pelos ensinamentos de Alexandre de Moraes, esta organização político-administrativa do Estado ocorre com base nos princípios da autonomia e da participação política. Promovendo os preceitos constitucionais com relação a configuração, manutenção e indissolubilidade do Estado. (MORAES, 2003, p. 205).

Questão pertinente, na separação dos poderes sob um viés de legitimação das decisões judiciais é a resolução de conflitos que podem surgir nas questões políticas e interpretativas da constituição. Estes conflitos podem surgir de duas maneiras conforme os preceitos de Barroso:

Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g., na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. (BARROSO, 2019, p. 274).

Como visto na seção anterior deste capítulo, o neoconstitucionalismo seria a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, cabendo ao Poder Judiciário invalidar normas contrárias a esta, bem como se posicionar com relação à omissão estatal no cumprimento dos direitos positivados nesta. Nesse paradigma, ocorre a intromissão do Poder Judiciário, através das suas decisões, nas esferas políticas e administrativas dos outros poderes que compõem o aparato estatal, como será estudado nos próximos capítulos do presente trabalho.

1.2 O ESPAÇO DA POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para discussão do tema, vale ressaltar, que as finalidades do Poder Judiciário são restritas diante das questões que lhe são aclamadas pelos cidadãos nos litígios, sendo que o resultado das decisões virá a repercutir no sistema político. Mesmo sendo

funções judiciárias, ocorre a projeção na política, como no caso do controle de constitucionalidade das leis e o controle da legalidade dos atos administrativos. O Poder Judiciário ocupa posição de destaque na sociedade, errôneo afirmar que o mesmo faz política, mas deve ser manifestado quais os limites para sua atuação frente as decisões políticas nas quais é obrigado a se pronunciar, com relação as questões que lhe são trazidas através dos processos (CAMPILONGO, 2011).

Para situar o leitor no presente trabalho, pelo conceito de política será entendido como um conjunto de atitudes humanas, entre dois ou mais indivíduos, que estejam comprometidos com alguma atividade coletiva, e, ainda, a ocorrência do fenômeno da política se perfaz quando há divergências, na intencionalidade de resolvê-las da melhor forma possível, mas sem a utilização da violência ou tirania (MACKENZIE, 2011).

A política tem a intenção de fazer vigorar a supremacia da vontade popular, sendo, portanto, uma forma de pronunciamento da maioria, em contraposição ao direito onde ocorre a positivação dos direitos fundamentais para se ter um referencial de entendimento do viés jurídico. Porém, mesmo com as inúmeras diferenças entre estes dois conceitos, vale ressaltar, que ambos se relacionam, visto que a Constituição prevê alterações sociais, obrigando então a política a observá-las em um sentido global (COURA E PAULA, 2018).

Tendo estas premissas fixadas, aqui se encontra a dificuldade em entender o espaço da política dentro do Estado Democrático de Direito e ainda, quais os seus limites de atuação, pois nesta linha de atividade ocorre a interferência dos interesses dos partidos políticos em confronto com os interesses do Poder Executivo, recaindo sobre o Poder Judiciário a resolução destes embates. Portanto, fica depositado nos juízes a confiança para resolução dos conflitos morais que emergem deste confronto, tornando-os magistrados legisladores positivos, onde valoram pelas premissas da conveniência e oportunidade (COURA E PAULA, 2018).

Importante, o Poder Judiciário analisa os conflitos que chegam ao seu conhecimento, apenas nos limites que as partes propõem e não na totalidade das relações entre as demais esferas que as suas decisões impactam, como nas esferas políticas, públicas e administrativas (CAMPILONGO, 2011). O fenômeno da judicialização ocorre justamente pelo clamor coletivo de conquistar e preservar seus direitos, através do Poder Judiciário, que decide conforme a lei e até mesmo,

colocando direitos acima dela, se tornando o defensor da política, sem passar pela apreciação da aprovação popular. Esta confiança nos magistrados, advém do descrédito da população com relação à política, pois está se tornou incapaz de satisfazer os clamores públicos, criando um sentimento de desencanto nos cidadãos com a governabilidade, juntamente com posturas duvidosas nas promessas partidárias que tem o viés de garantir projetos (COURA E PAULA, 2018).

No sistema político as decisões são tomadas de forma a abranger todas as chamadas decisões globais, tanto pela sua complexidade e interdependência com os demais programas governamentais, quanto pelo grande número de informações que os poderes políticos detêm em detrimento daqueles fornecidos e abarcados pelo Poder Judiciário (CAMPILONGO, 2011). Portanto, as questões políticas estão intrinsecamente ligadas ao Estado Democrático de Direito, pois segundo os ensinamentos de Silva, este se perfaz em torno do princípio da soberania popular, que possui o objetivo de efetivar o princípio democrático da concretização dos direitos fundamentais (SILVA, s.d.).

As questões políticas que são levadas para apreciação dos magistrados, advém da omissão da atuação legislativa, sendo um fator de incentivo para a realocação do poder decisório. Pois retira do parlamento a análise das questões que carecem de diálogo no decorrer dos procedimentos. Isto causa uma crise parlamentar que tem como consequência a desconfiança da população na capacidade do legislativo para que atue de forma a positivar os direitos fundamentais. Gerando, portanto, um novo delineamento na clássica divisão dos poderes, ocasionando a predominância dos magistrados na supremacia da Constituição, elevando substancialmente o fenômeno da judicialização da política, a patamares excessivos aos delineamentos preliminares da separação dos poderes (COURA E PAULA, 2018).

O Poder Judiciário expressa em seu discurso, a premissa de que garante a ordem jurídica e os interesses da maioria, ou ainda, da melhor aplicação do Direito ao caso concreto daqueles que estão envolvidos no litígio. Porém, suas decisões têm o viés definitivo, ainda mais se tratando de decisões do STF (Supremo Tribunal Federal), portanto estas decisões não possuem o controle social. Por esta lógica, se entende que a dominação do Poder Judiciário faz com que o Direito também esteja sendo dominado por estes indivíduos, se tornando um poder de dominação.

Questionamento importante, quanto do Estado Democrático de Direito, nos traz Carvalho:

A observação de que um Poder da República, dentro do Estado Democrático de Direito, não possui controle social, nos leva a questionar a legitimidade da estrutura normativa que fundamenta o exercício deste próprio poder. (CARVALHO, 2010, p. 6).

Diante destas colocações, com alguns questionamentos e embates importantes para melhor compreensão do contexto do presente trabalho. Acredita-se na necessidade de conceituar e limitar os parâmetros da política e do Estado Democrático de Direito, analisando o conflito existente entre a jurisdição e a democracia.

1.3 ANÁLISE EM TORNO DO CONFLITO ENTRE JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA

Para que o embate entre jurisdição e democracia se torne de fácil compreensão ao leitor, será abordado de forma ampla e brevemente estes dois conceitos, com vistas a compreendê-los, bem como analisar a importância destes perante a sociedade e seus cidadãos. Atentando-se para o fato de que, apesar de serem conceitos diversos, estão mutuamente ligados, pois não há como discorrer sobre um conceito sem entender o outro.

A corrente etimológica da palavra democracia remete-se para o “governo do povo”, com participação ativa do povo no governo, porém nas sociedades modernas, essa premissa se tornou inviável, por isso tem-se a chamada democracia indireta, onde representantes do povo tem a incumbência de realizar a tomada de decisões frente aos seus representados. Definição criticada por parcela da doutrina por entenderem que a vontade dos representantes e dos representados são diversas, sendo então esta definição de “democracia” insuficiente, diante da crise de representação política. Porém, se este conceito for interpretado como um fim ideal a ser atingido, esta interpretação será considerada válida (MORO, 2002).

O autor Binenbojm, em seu livro “Uma teoria do direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”, nos apresenta seus ensinamentos para o conceito de democracia:

A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como agentes morais emancipados e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor igualdade, transsubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva. (BINENBOJM, 2008, p. 50).

Dentro de um regime democrático, se faz necessário que a democracia seja um princípio a ser buscado, através da participação popular nas decisões políticas de forma ampla. A democracia seria um conjunto de regramentos, contidos em uma Constituição, que determinaria como seria efetivada a tomada de decisões de um determinado grupo de sujeitos, tomando como ponto de partida que todos os seus participantes são tratados de forma igualitária e politicamente iguais. A intenção da jurisdição constitucional seria proteger a vontade da maioria, qual seja, do povo, contra possíveis desvios dos seus representantes, justamente sendo legitimada por meios dos argumentos democráticos (MORO, 2002).

A democracia além de ser a manifestação da vontade da maioria, representa a insuficiência do sistema constitucional, por este ser puramente procedimental e cheio de formalismos para atingir o status de regime democrático. O conceito de democracia deve ser interpretado de forma dúplice, como bem descreve Ponte:

Se por um lado não se pode pensar em democracia sem observar a vontade da maioria como elemento fundante, por outro, o exercício ilimitado e incondicional dessa vontade pode dificultar e até inviabilizar seriamente a existência do sistema democrático (PONTE, 2010, P. 23).

A jurisdição constitucional da política, anteriormente era controlada de forma soberana pelo monarca. No liberalismo, existia um parlamento responsável por representar a vontade popular. Após as modificações, onde o sufrágio se tornou universal, houve a necessidade de outro agente para limitar a vontade política e soberana do povo. Portanto, historicamente confiável e com habilidades técnicas, o Poder Judiciário ficou incumbido desta função (CUNHA, 2008).

Importante observação a ser realizada neste contexto, em que os magistrados não são eleitos pela maioria, qual seja, pelo povo, portanto, teoricamente não possuem legitimidade democrática, neste cargo sequer há renovação periódica dos

mandatos e nem responsabilização direta para a opinião pública. Ainda, sendo entendida como atividade jurisdicional o controle de constitucionalidade realizado pelos magistrados, não pode se correlacionar com o exercício da atividade legislativa, pois são conceitos diversos (KROL, 2016).

O constitucionalismo democrático ocorre no momento em que a Constituição passa ao patamar de instrumento jurídico supremo em determinado país, consagrando o princípio da supremacia da Constituição. Nesta categorização de constitucionalismo democrático, pode ser observada de forma clara a organização e estrutura do Estado, mas com a preservação do regime democrático, pois ocorre a soberania popular ao lado das deliberações majoritárias. Sendo então necessário compreender que aliar o regime democrático e o constitucional, requer que os cidadãos tenham a possibilidade de decidir sobre qualquer assunto, até mesmo aqueles relativos à capacidade de tomada de decisão pelo povo. Sendo a Constituição o instrumento normativo apto a regular o sistema democrático constitucional, sua interpretação deve ocorrer de forma que seus procedimentos não inviabilizem as mudanças da sociedade política, para não causar instabilidade ao sistema democrático que está a regular (PONTE, 2010).

Ao analisar os conceitos de jurisdição e democracia, percebe-se que estes são diversos, porém complementares, se tornando improvável discorrer sobre estes temas, sem analisá-los de forma conjunta. Sendo que estes conceitos se encontram correlacionados tanto na forma explicativa como na realidade da sociedade. Visto que, ambos os conceitos fazem parte do cotidiano da sociedade, importam na tomada de decisões que influenciam e tem suas consequências diretamente nos cidadãos, os detentores tanto da democracia como do constitucionalismo democrático. O estudo não adentrou nas particularidades e influências externas dos assuntos, pois estes dariam um trabalho separado, por si só, diante da sua grandeza e importância para o Regime Democrático.

2 CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO

Frente ao tema de grande relevância para a concretização dos direitos fundamentais inerentes aos indivíduos, positivados na Constituição Federal de 1988, será realizada uma análise com relação ao controle judicial das omissões do Poder Público. Visto que, o controle judicial é realizado pelo Poder Judiciário e as omissões do Poder Público, dizem respeito ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Observa-se que ao promulgar uma Constituição dirigente, analítica e compromissória no Estado Democrático de Direito, o Estado se depara com o dever de concretizar a igualdade de oportunidades. A partir do momento em que um texto constitucional é capaz de nortear a vida econômica e social dos seus cidadãos, se torna atribuição do Poder Público, ser capaz de gerir um equilíbrio que inexiste na sociedade atual. Enfrentando, portanto, problemas sérios na efetivação deste compromisso coletivo frente a realidade socioeconômica dos seus cidadãos (SOUZA, s.d.). A Constituição Federal de 1988, faz menção a um leque de direitos sociais que o Poder Público deveria garantir, porém não levou em consideração a realidade sócio-política nem mesmo a realidade econômica brasileira, pois esta não é capaz de efetivar a grande maioria dos direitos previstos e positivados (FILHO, 2009).

Nota-se que a omissão do Poder Público ocorre em momento posterior à negativa de uma atuação positiva, pois nesta é necessário em um primeiro momento uma atuação legislativa, o que ocorre na forma da Constituição Federal de 1988 e nas demais leis vigentes no ordenamento jurídico. No segundo momento depois de positivado os direitos, para a sua realização são necessários observar requisitos de classe econômica. Quanto aos direitos positivados, há uma linha horizontal de realização integral, ou seja, estes direitos devem ser realizados de forma continuada, de forma progressiva dentro da sociedade (CLÈVE, 2006)

Apesar das práticas corriqueiras do controle judicial na constitucionalidade das leis, quando o Poder Legislativo atua de forma contrária a Constituição, não há entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência de um controle judicial da omissão. A omissão do Poder Público frente aos seus deveres na efetivação dos direitos e deveres expressos na Constituição Federal de 1988, pode advir de diversos aspectos, podendo ser a falta de inclusão nos projetos de lei orçamentária, bem como

deixar de prever os gastos necessários para a implementação dos direitos já previstos de forma constitucional aos cidadãos (SOUZA, s.d).

A participação efetiva dos cidadãos no controle das omissões do Poder Público, é de fundamental importância, visto que na democracia representativa, na qual, a ideia central é que os representantes políticos expressem justamente os interesses dos cidadãos, porém na esfera política. Percebe-se que esta democracia representativa não se faz efetiva para garantir que os cidadãos participem ativamente no espaço público do Estado. Conforme as palavras de Broliani a respeito do tema:

Embora as leis orçamentárias sejam elaboradas no Executivo, votadas e aprovadas no Legislativo, por representantes eleitos pela sociedade, é preciso que o cidadão exerça seu papel no espaço estatal, participando mais das decisões políticas, que implicam nos gastos públicos e na correta aplicação dos recursos que são carregados quase que totalmente através dos tributos. A participação social no orçamento público implica em importante mecanismo de controle social que inibe as omissões, que conduz à eficiência do planejamento, porque eventuais falhas são imediatamente criticadas e podem ser sanadas antes da edição das leis. (BROLIANI, 2017, p. 125).

O controle judicial das omissões do Poder Público, é um tema delicado, pois é afetado por muitas circunstâncias, até mesmo na jurisprudência dos tribunais, não são encontradas decisões pontuais a respeito do tema, Broliani retrata isso de forma clara:

Espera-se que o Poder Judiciário exerça o controle externo financeiro mais importante e decisivo para que as normas constitucionais tenham eficácia garantida, para que a sociedade seja beneficiada com o planejamento, com o investimento do dinheiro público, com o atendimento das necessidades sociais primárias, básicas, elementares. A jurisprudência, escassa sobre o tema, não vem garantindo esse importante papel, especialmente no âmbito federal e estadual. As decisões de ordem financeira muitas vezes não determinam ações ao Administrador, não obrigam gastos, limitando-se a, quando muito, determinar o cumprimento da lei orçamentária. As omissões não são analisadas e muitas vezes são afastadas por falta de amparo legal, em total submissão ao formalismo exagerado, visão positivista que frustra os anseios sociais e anula o controle externo judicial. (BROLIANI, 2017, p. 127).

Importante ponto a ser observado com relação a esta temática, diz respeito ao tema já abordado anteriormente no trabalho, com relação a separação dos poderes, que devem atuar conjuntamente, porém dever ser harmônicos e independentes entre si, para atingir um fim maior na sociedade. Portanto, se faz necessário que os três poderes atuem de forma conjunta, para chegar tanto quanto possível ao grau máximo na efetivação do projeto constitucional (SOUZA, s.d.).

Nota-se que a Administração Pública possui como princípio basilar, a legalidade, devendo apenas realizar atos que lhe são permitidos em lei, sendo os atos administrativos classificados como discricionários, não podendo haver controle do seu mérito pelo Poder Judiciário. Pois este, é o responsável por dar a devida interpretação as normas legais vigentes no ordenamento jurídico, também é esperado que deste poder advenham decisões que possam suprir as necessidades dos cidadãos, como expressa Broliani em seus ensinamentos:

As decisões de ordem financeira muitas vezes não determinam ações ao Administrador, não obrigam gastos, limitando-se a, quando muito, determinar o cumprimento da lei orçamentária. As omissões não são analisadas e muitas vezes são afastadas por falta de amparo legal, em total submissão ao formalismo exagerado, visão positivista que frustra os anseios sociais e anula o controle externo judicial. (BROLIANI, 2017, p. 127).

Concluindo, há de ser observada a magnitude da Constituição Federal de 1988, pois esta prevê direitos e garantias aos seus cidadãos, que clamam pelo cumprimento dos mesmos, mas que nem sempre será possível sua efetivação, a depender das condições orçamentárias do Estado. Portanto, as omissões do Poder Público encontram seu fundamento no critério de serem atos administrativos discricionários. Entende-se que o administrador público, toma as decisões baseando-se nos critérios da conveniência e da oportunidade, tanto nas ações positivas ou negativas frente aos seus administrados, ou seja, os cidadãos que são os detentores diretos destas decisões.

2.1 A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”

Para compreensão geral do tema abordado neste tópico, tratar-se-á da inegável importância e supremacia dos direitos fundamentais positivados e o dilema socioeconômico, relacionando-os com a capacidade econômica do Estado, no que diz respeito a reserva do possível, para a concretização dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos e positivados no ordenamento jurídico vigente.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a consagração dos direitos fundamentais, elevando-os à um patamar de valores morais que devem ser buscados pelo Estado, com aplicação imediata. Sendo os direitos fundamentais

classificados como os mais importantes dentro dos interesses públicos, portanto, prevaleceriam sobre os demais interesses coletivos ou individuais (BORGES, 2011).

A importância dos direitos fundamentais se encontra em um grau elevado, pois compõem a classe dos direitos humanos constitucionalizados, para o melhor resguardo da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, uma classe de direitos essenciais para que a sociedade possa se desenvolver. No decorrer do tempo, ocorreram diversas modificações e construções históricas na sociedade, tanto que o conceito de Constituição acabou por incorporar o conceito de direitos fundamentais. A ideia dos direitos fundamentais é propor a realização e efetivação de condições e de acesso para uma vida digna dos cidadãos que compõem a sociedade. Tamanha a importância da proteção aos direitos fundamentais, que estes são protegidos pela Constituição, sendo este documento um ponto de realização para as necessidades da sociedade, bem como, um ponto de diferenças entre as expectativas e comportamentos sociais (BITTAR, 2009).

Nota-se que nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, há o entendimento de que toda a classe de direitos contidos na Constituição Federal de 1988, mesmo aqueles que não se encontram no rol de direitos e garantias fundamentais de forma expressa, devem ser tratados como se direitos fundamentais fossem, vejamos:

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. (SARLET, s.d.).

Importante, fazer um paralelo entre os direitos fundamentais e a democracia, pois entre estes dois conceitos ocorre uma ligação recíproca. Uma premissa tão verdadeira que destes dois institutos surge o Estado Democrático de Direito, que se estrutura justamente no conjunto das instituições jurídico-políticas. Nestas instituições que se estabelecem o fundamento e a finalidade para proteger e promover a dignidade da pessoa humana (BINENBOJM, 2008).

A questão financeira para a implementação dos direitos fundamentais ou das políticas públicas, ficou conhecida no ordenamento jurídico brasileiro como a “*teoria da reserva do financeiramente possível*”, pois se refere à razoabilidade da pretensão

dos pedidos dos cidadãos, com relação a capacidade financeira e previsão orçamentária das despesas pelo Estado. O posicionamento forte da jurisprudência, tem transformado a forma de interpretação da reserva do financeiramente possível, pois anteriormente esta teoria era invocada simplesmente para afastar a obrigatoriedade do Estado em efetivar os direitos fundamentais sociais (MÂNICA, 2008).

Para que ocorra a implementação dos direitos fundamentais, são necessários a aplicabilidade de recursos financeiros, porém deve-se atentar pois este fator financeiro nunca foi impeditivo para que fosse buscada a efetividade pela via jurisdicional, como demonstra Ingo Wolfgang Sarlet:

[...]a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (SARLET, s.d.).

No momento em que o Poder Judiciário tenta concretizar os objetivos sociais na implementação das políticas públicas, através de suas decisões, diante dos conflitos trazidos ao seu conhecimento pelos cidadãos, que clamam pela concretização de seus direitos, acaba por esbarrar na questão financeira, Lenio Streck relata em seus ensinamentos:

É evidente que tais questões podem esbarrar naquilo que se denomina de “financeiramente possível” e na (de)limitação do âmbito (político) de esfera de competência. Calha, nesse sentido, a lição de Cristina Queiroz, para quem, [...] quando existe um direito, este mostra-se sempre como justificável. Sucede é que, por vezes, no caso dos direitos de natureza econômica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A ‘reserva do possível’, ‘no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ (BverfGE 33, 303, 333; 43, 291, 314), não tem como conseqüência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação. Konrad Hesse fala, a esse propósito, de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos. (STRECK, 2003, p. 282)

Com as modificações ocorridas na sociedade, legislação e na jurisprudência, as decisões advindas do Poder Judiciário, passam a exigir do Estado, a comprovação da falta de recursos, para a implementação dos direitos fundamentais (MÂNICA, 2008). Pois, é de conhecimento geral a necessidade de disponibilidade de recursos

financeiros para que uma política pública seja implementada, sendo este o argumento mais usual para justificar as omissões da administração pública. Depois de comprovada a inexistência de recursos financeiros para a implementação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário ainda determina que estas despesas sejam previstas no próximo exercício orçamentário e, caso seja descumprido, ocorre a exigência da obrigação de fazer referente a implementação de determinada política pública (GRINOVER, 2010).

Encontra-se no Informativo n. 431/STJ, um julgamento que bem expressa o conflito existente entre a Reserva do Possível frente aos clamores da sociedade para a efetivação dos direitos fundamentais, observa-se:

[...] Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preterir-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial [...]

[...] Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social [...] (Informativo n. 431/STJ).

As questões jurídicas devem ser analisadas em conjunto com as questões econômicas, vinculando a ciência econômica na hora da definição das políticas públicas. São questões de ordem prática complexas e de difícil concretização, pois levam em consideração inúmeros fatores sociais, políticos, econômicos e

governamentais. Mânica demonstra isso de forma explícita conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

[...]Cumprir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar pulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (MÂNICA, 2008, p. 101).

Assim sendo, os pressupostos básicos da teoria da reserva do possível levam em consideração os aspectos econômicos e o princípio da proporcionalidade, na medida em que as necessidades dos cidadãos são ilimitadas, mas os recursos financeiros são escassos. Ainda, Mânica demonstra um breve e completo conceito em relação a teoria da reserva do possível: *“a decisão por uma ou outra possibilidade deve ser tomada mediante a ponderação dos bens e interesses em questão, segundo critério da proporcionalidade”*. (MÂNICA, 2008, p. 104). Deve modo, a reserva do possível deve ser analisada sob um aspecto amplo, pois envolve diversas questões para serem levadas em consideração, como Ingo Wolfgang Sarlet aborda em seus estudos:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, s.d.).

Portanto, conclui-se que apesar dos cidadãos terem seus direitos positivados na Constituição Federal de 1988, para que a Administração Pública possa efetivá-los deve ser observada as questões financeiras, observando-se a reserva do financeiramente possível, como demonstrado. Porém, por outro viés, a Administração Pública, não poderá se eximir de realizar e efetivar suas obrigações perante seus administrados, apenas justificando-se pelo conceito da reserva do possível, deverá

demonstrar de fato a falta de recursos financeiros e justificar suas escolhas. Ao passo que, o Poder Judiciário analisará estas escolhas, quando solicitado, para que possa fornecer amparo aos direitos dos cidadãos, observando os limites legais, bem como as condições orçamentárias da Administração Pública, como será estudado na próxima seção.

2.2 CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CHAMADO MÉRITO POLÍTICO

No sistema jurídico brasileiro, os princípios da conveniência e oportunidade norteiam as decisões da Administração Pública, ainda, esta deverá observar o princípio da legalidade. Em contraponto, as decisões do Poder Judiciário, ao proferir suas sentenças deve limitar sua intervenção quanto ao mérito político, levando em consideração os diversos fatores dos envolvidos na questão judicial pretendida.

A Constituição Federal estabelece os direitos fundamentais que devem ser efetivados pelas autoridades estatais, o Estado realiza escolhas para que isto ocorra, portanto é necessário e lógico que deve haver previsão orçamentária dos gastos públicos. Nesta discussão, deve-se tentar afastar os extremismos com relação a intervenção ou não do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, pois deve haver proporcionalidade nas decisões, devendo ser analisado os demais princípios envolvidos, os limites orçamentários e a discricionariedade administrativa (MÂNICA, 2008).

É possível verificar em diversos julgados, que os tribunais brasileiros têm um entendimento de que mesmo diante dos princípios da conveniência e oportunidade dos atos da Administração Pública, estes se sujeitam aos imperativos das leis. Em um importante julgado do Supremo Tribunal Federal, qual seja, na ADPF-45-9 é possível verificar que o Poder Judiciário poderá intervir no controle das políticas públicas, desde que preenchidos alguns requisitos, como pode se verificar nas palavras de Grinover:

Resumindo, percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis ministros, é a de que são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social

deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Examinem-se esses requisitos, que traçam os limites para a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. (GRINOVER, 2010, p. 17)

Sobre as sentenças do Poder Judiciário com relação as decisões da Administração Pública, nas palavras de Filho:

Não se trata de interferência de um Poder no outro, mas no cumprimento de funções institucionais. Se a Constituição preceitua que um direito, liberdade ou prerrogativa devem ser garantidos pelos Poderes Públicos e estes descumprem as ordens constitucionais, cabe ao Judiciário exercer seu papel de fazer cumprir os preceitos da Lei Maior, mormente ao Supremo Tribunal Federal, por ser guardião máximo da Constituição. (FILHO, 2009, p. 8).

Salienta-se que a discricionariedade é uma forma de liberalidade nas decisões sobre determinado tema já disposto anteriormente mediante lei. Sendo impossível ao legislador prever todas as possíveis situações no momento da elaboração da letra de lei. Portanto, a liberdade do administrador público se perfaz dentro dos limites da própria lei (PESSOA, CARDOSO E SOUSA, 2003).

Nota-se que na realização dos preceitos instituídos na Constituição Federal, ocorrem várias etapas, sendo uma delas a atividade intelectual para interpretar e aplicar os referidos preceitos, mesmo diante do alto grau de generalidade e abstração que possam conter. Diante das omissões legislativas e administrativas para o cumprimento dos preceitos constitucionais, trazendo à tona a eficácia constitucional, o Poder Judiciário não poderá ficar inerte, mas deve se atentar para os limites impostos pela própria Constituição Federal, com relação a harmonia entre os demais poderes que constituem o Estado (TEIXEIRA, 2012).

Com relação aos preceitos constitucionais que preveem à implementação de políticas públicas, tornando-se objetivos a serem cumpridos, estes devem ser buscados por todo o corpo político do Estado e não somente pelos atores que compõem a Administração Pública. É importante realizar de forma breve, a separação e identificação dos elementos que abarcam os atos administrativos, para melhor compreensão do tema abordado e após se obtenha uma conclusão a respeito do controle discricionário dos mesmos (PESSOA, CARDOSO E SOUSA, 2003).

Portanto, os atos administrativos são compostos por cinco elementos, sendo eles, como aponta Silva, a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto. No primeiro elemento, qual seja, a competência que se encontra o amparo legal para que

a Administração Pública realize ou não determinados atos, podendo ser expresso em lei, sendo atos vinculados ou discricionários. Na finalidade, o autor se refere como um resultado a ser buscado, alcançado com a prática de determinados atos e possíveis de serem revistos e anulados pela própria Administração Pública, ou ainda, pelo Poder Judiciário. A forma diz respeito a exteriorização dos atos administrativos, o que possibilitará verificar a legalidade perante a Constituição, visto que se encontrarão registrados de forma preferencialmente, documentada. Outro elemento que poderá manifestar-se de forma vinculada ou discricionária é o motivo de determinado ato administrativo, visto que este se perfaz perante as circunstâncias apresentadas ao agente público que praticará ou não alguma ação. Para finalizar, o último elemento é o objeto, sendo sobre este que recairá a matéria do ato administrativo (SILVA, 2006).

Com relação ao mérito político das decisões da Administração Pública, é reservado certo grau de discricionariedade aos órgãos de execução para que ocorra a preservação da legalidade. O mérito no sentido político dos atos administrativos, se revela no sentido de uma boa administração, como expressa Fagundes:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dêle em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso exprime sempre um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., de cada procedimento administrativo. Esses aspectos muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. (FAGUNDES, s.d.).

Portanto, o mérito possui certo grau de insindicabilidade, própria do direito administrativo, o que se torna incontroverso com outros preceitos da Constituição Federal. O resguardo ao devido processo legal, deve ser observado mesmo perante os procedimentos administrativos, como expressa Pessoa, Cardoso e Sousa:

E o mais interessante, num modelo de jurisdição instaurado pela Constituição Cidadã, que assegura o respeito ao devido processo legal – substancial, inclusive – aplicável ao procedimento administrativo, a lição de 1930 ainda reverbera – 80 anos depois – como se pode perceber neste excerto de decisão de 2007: A atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo. (STJ, RMS nº 22.128, Rel. Min. Laurita Vaz, 2007, sem grifo no original). (PESSOA, CARDOSO E SOUSA, 2003, p.124).

Observa-se uma tendência jurisprudencial, no sentido de que, a função estatal diversa da Executiva, não pode realizar a análise dos espaços discricionários da Administração Pública, frente aos princípios da conveniência e oportunidade, aqui se referindo ao mérito, que lhe são atribuídos. Apesar do preceito estabelecido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito ao Estado-juiz (FRANÇA, 2012).

Interessante que o Poder Judiciário se encontra limitado para atuar diante das ações administrativas, bem como a atuação dos demais órgãos fiscalizadores, diante dos critérios da conveniência e oportunidade. Há uma concordância geral, no sentido de que por um lado tem-se inúmeras normas jurídicas que encobrem a realidade diversa enfrentada pelos administradores públicos. Originando-se desta situação as teorias que limitam a discricionariedade da Administração Pública (PESSOA, CARDOSO E SOUSA, 2003).

A intervenção do Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública ocorre nos limites das liberdades individuais do administrador, sendo uma forma de controle para que o cidadão tenha segurança com relação aos seus direitos e na tentativa de ameaça ou danos a tais direitos, o Poder Judiciário está pronto para agir. Na engrenagem das atividades estatais, o Poder Judiciário age como uma balança entre os poderes do Estado e o grau de exercício democrático de direito do próprio Estado. O controle judicial do mérito dos atos administrativos, impõe limites à discricionariedade da Administração, surgindo como uma consequência da constitucionalização do Direito Administrativo (FRANÇA, 2012, p. 27).

Importa observar que os administradores públicos possuem como critérios para suas escolhas na realização de seus atos, os critérios da conveniência e oportunidade, o que torna os atos discricionários, ao passo que o Poder Judiciário, por muitas vezes interfere nas decisões administrativas, por meio de suas decisões, justamente no mérito político das decisões da Administração Pública. Este empasse entre a discricionariedade dos administradores públicos e a intervenção do Poder Judiciário, se torna um grande conflito no que diz respeito a legalidade dos atos de ambas as instituições, bem como a realidade de fato enfrentada por ambos.

2.3 A INDISPENSABILIDADE DA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DAS DECISÕES: OS IMPACTOS DA LEI Nº 13.655/2018 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nesta seção do trabalho, será estudado como a LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro) sofreu significativas e substanciais modificações com o advento da Lei nº 13.655/18, principalmente no tocante às decisões, sejam elas judiciais ou administrativas. A partir da identificação das fraquezas existentes no sistema jurídico brasileiro atual, o legislador optou por realizar modificações na legislação. Pois, por muitas vezes são tomadas decisões sem analisar suas consequências, sendo apenas analisada a letra fria das leis. Portanto, estas modificações têm o viés de tornar as decisões fundamentadas e de serem analisadas as possíveis consequências e soluções que podem advir das mesmas (CONRADO, 2019).

Uma das grandes mudanças ocorridas, diz respeito à análise das decisões, voltada para o diálogo dos julgadores e dos gestores públicos, com a realidade de fato enfrentada pelos cidadãos. Gerando uma análise consequencialista, voltada justamente para as consequências práticas das decisões nas suas diferentes formas, seja judicial, administrativa ou controladora. Observa-se, estas mudanças são necessárias para que a legislação consiga acompanhar as transformações sociais, controlar a atuação do Estado e regulamentar as interpretações diversas sobre os mesmos temas, diante de inúmeras legislações que podem ser aplicadas a um mesmo caso concreto. A análise consequencialista das decisões, serve tanto para o julgador em termos de Poder Judiciário, como também o julgador, aqui se referindo ao administrador público ao decidir e julgar qual a melhor decisão a ser tomada diante dos casos concretos. Esta análise tem a intenção de abrandar os possíveis efeitos negativos que uma decisão possa causar, ainda mais em decorrência de um possível ativismo judicial, tema já abordado anteriormente neste trabalho (BARROS, 2019).

Portanto, é importante trazer à tona o consequencialismo da LINDB, pois esta é a lei base para que se possa interpretar as demais normas constantes no ordenamento jurídico brasileiro vigente, sendo corriqueiramente utilizada para embasar decisões jurídicas e administrativa. A lei nº 13.655/2018 trouxe alterações para a LINDB, no sentido de tentar trazer mais segurança jurídica, bem como

previsibilidade aos órgãos de controle ao analisar a interpretação e discricionariedade das decisões administrativas (BITENCOURT; LEAL, 2020).

A preocupação do legislador quanto às consequências das suas decisões, se encontra expressa em vários artigos da referida lei, como bem expressa Barros em seus ensinamentos:

Essa preocupação se repete no novo artigo 21, de acordo com o qual toda decisão que anular ato, contrato, ajuste ou processo administrativo deverá “indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”, exigindo, em seu parágrafo único, que se decida com proporcionalidade e que não sejam impostos ônus excessivos às partes envolvidas. (BARROS, 2019, p.10).

Sendo indispensável realizar uma análise do consequencialismo da Administração Pública, trazido à tona com o Decreto nº 9.830/2019, como Bitencourt e Leal revelam:

Ainda, o Decreto nº 9.830/2019 regulamenta o consequencialismo na administração pública, que é olhar a qualidade da ação pela consequência dela e não pelo seu valor intrínseco. Assim, gestores podem ser responsabilizados por atos discricionários que fizeram, mas que se mostraram não ser a melhor alternativa na situação específica. (BITENCOURT; LEAL, 2020, p. 150).

A análise consequencialista das decisões da administração pública, é um grande desafio ao Direito Administrativo nos dias atuais, visto que, isto implica a modificação e superação de certas premissas e princípios inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, mas que não condizem com a realidade dos anseios do Estado brasileiro. Para esta superação seria cabível propor que a interpretação jurisdicional do direito administrativo mudasse sua percepção, para uma interpretação consequencialista que fosse hábil a efetivação dos objetivos constitucionais, proporcionando maior êxito nas escolhas estatais (FRANÇA, 2012).

Observação a ser feita, diz respeito à fundamentação das decisões judiciais, que já havia previsão constitucional para que os magistrados cumprissem com tal premissa, positivado no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Portanto, a lei n. 13.655/2018 trouxe esta premissa para a esfera administrativa das decisões, também como forma de cumprir com os princípios do devido processo legal no Estado Democrático de Direito (CONRADO, 2019).

A análise consequencialista das decisões administrativas, demonstra a preocupação do administrador sobre os diversos aspectos que possam envolver determinada escolha, bem como, suas consequências na vida prática dos administrados. Para que o administrador público não exerça um papel de futurologista, mas aplique corretamente os preceitos da razoabilidade e realidade do Direito Administrativo (CARVALHO, 2019).

A análise consequencialista, com as modificações trazidas pela lei nº 13.655/2018, considera os reflexos práticos e jurídicos dos atos e decisões administrativos discricionários, exercendo certa forma de controle do Estado perante as atividades Executivas, mas sem substituí-la pelo controle Judicial. Ao analisar a atuação estatal no regime democrático que se assenta no Brasil, deve-se realizar uma análise ponderativa, no tocante aos participantes do sistema, dos valores que envolvem as decisões e as questões propostas para a análise jurisdicional. Pois esta análise ponderativa possui o embasamento de ser proporcional se tornando adequada para a situação proposta, optando-se pelas melhores decisões na sua apreciação (FRANÇA, 2012).

Com estes estudos, pode-se concluir que o legislador ao modificar a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, se preocupou com as consequências das decisões, talvez se baseando na mesma lógica da fundamentação das decisões judiciais, anteriormente já prevista na Constituição Federal de 1988. Portanto, ao analisar as consequências das decisões e tornar um dever a sua fundamentação, tanto judiciais como administrativas, demonstra a preocupação do legislador com a segurança jurídica e previsibilidade quanto aos conflitos que os administrados possam vir a enfrentar.

3 EM BUSCA DE UM NOVO SENTIDO DE “INTERESSE PÚBLICO”

Para que o leitor entenda o campo de abordado neste capítulo, será estudado o ramo do direito em que o interesse público se encontra, bem como, se buscará estabelecer um conceito de interesse público e a forma no qual este se manifesta na sociedade.

Interesse público é um conceito que carece de especial atenção, pois por muitas vezes, este é utilizado para justificar certas ações autoritárias da administração pública, sendo então invocado para evitar o controle dos seus atos pela sociedade e até mesmo, não sofrer sanções advindas do Poder Judiciário. Sendo um conceito indeterminado, de difícil definição, que possui um certo grau de supremacia, se tornou alicerce do regime jurídico administrativo, por conseguinte um alicerce fundamental do Direito Público (BORGES, 2011).

O conceito de interesse público pode ser definido como aquele a ser concretizado com os atos administrativos, buscando promover os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988. França, retrata da seguinte forma a definição para o conceito de interesse público:

A noção de interesse público pode ser consubstanciada como o produto da conjugação dos interesses de uma determinada nação voltado à promoção do máximo desenvolvimento intersubjetivo possível e concretizável. Assim exposto, conclui-se que interesse público possui relevância jurídica apenas quando é passível de determinação e concretização. Do contrário, trata-se de discurso vazio e sem força jurídica vinculante. Fato que, por si, afasta a ideia de conceito jurídico indeterminado, muitas vezes vinculado à concepção de interesse público. (FRANÇA, 2012, p. 32).

Nota-se que a partir do conceito de interesse público, surge a figura do próprio Estado, pois este se compõe a partir das necessidades de um conjunto de interesses privados de seus cidadãos. Portanto, nas palavras de Haerberlin: “Não há interesse público que não reflita interesse privado; não há interesse privado, juridicamente protegido, que não seja público. Ambos tem a mesma natureza elemental.” (HAEBERLIN, 2014, p. 415).

O interesse público, trata justamente dos interesses da coletividade, a defesa dos interesses e anseios dos cidadãos que compõem a sociedade, portanto, a esfera do Direito que se preocupa em regular este interesse é o Direito Administrativo

(BERWIG, 2019). Borges ao mencionar Marçal Justen Filho (2011) descreve como ocorre a invocação do princípio do interesse público:

Fundamentar decisões no “interesse público” produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do “interesse público” imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva. (BORGES, 2011, p. 5).

Nota-se que o interesse público se perfaz diante de vários aspectos, envolvendo tanto a esfera individual como a esfera coletiva dos cidadãos que compõem a sociedade, segundo a explanação de Queiroz:

Ao contrário do que se possa crer, não se trata do mero somatório dos interesses pessoais, dos interesses de cada um. O interesse público, de fato, é resultante do conjunto de interesses pessoais, mas somente quando tais interesses pessoais são tomados na sua dimensão pública, ou melhor, quando representa “o conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros de uma sociedade”. Interesse público é um conceito que envolve idéias e ideais difusos e abrangentes, e, portanto, extremamente difícil de ser objetivamente caracterizado. (QUEIROZ, s.d., p. 6).

Nos ensinamentos de Haerberlin, ocorre a afirmação de que não basta por si só existir o princípio de interesse público, mas deverá ser dada a devida atenção para o conteúdo do mesmo:

Portanto, um conceito de interesse público deve ser composto por esses dois elementos necessários: o jurídico e um outro, empírico, que denominamos humanístico (no qual inserimos os âmbitos político, social, cultural e econômico). (HAEBERLIN, 2014, p. 417).

Percebe-se na realidade prática que o conceito de interesse público é buscado justamente por aqueles que compõem o Estado, qual seja, os indivíduos, para que consigam atingir o ideal de vida digna, para si próprios e para os demais (FRANÇA, 2012).

Na relação entre administradores públicos e administrados, é perceptível uma relação de desigualdade jurídica, frente aos mecanismos que os primeiros têm em relação aos segundos, mas desigualdade esta que se perfaz para que seja necessária a concretização dos interesses da coletividade. Deve-se observar que esta

desigualdade possui caráter de instrumentalidade com a finalidade de fomentar as mudanças sociais, dentro dos limites da legalidade com relação aquilo que realmente se perfaz necessário na representação dos interesses da cidadania (BERWIG, 2019).

Portanto, os fundamentos do interesse público encontram amparo na Constituição Federal de 1988, visto que o Estado Democrático de Direito tem na sua base social, os fundamentos para o referido conceito. Entende-se que toda e qualquer atuação por parte da administração pública, deverá ser pautada na legalidade, decorrente da vinculação existente entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, onde ambos observam respeito às normas contidas na Constituição Federal de 1988 (BERWIG, 2019).

Berwig ao mencionar os ensinamentos de Bandeira de Mello, menciona que o conceito de interesse público não poderá ser entendido como antônimo de Direito Privado:

[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (Bandeira de Mello, 2016, p. 62).

Conforme a previsão constitucional, é um dever do Estado primar pelo conjunto de forças, por determinado momento e espaço, sendo suas forças jurídicas, políticas, econômicas e outras, para conseguir o pleno desenvolvimento de um maior número de pessoas dentro da sociedade, podendo assim ser compreendido o interesse público (FRANÇA, 2012).

Os interesses públicos se satisfazem na medida em que ocorre uma prestação direta de serviços pelos entes estatais, que compõem o Estado, dentro de suas competências, ocorrendo a chamada centralização das atividades em uma única pessoa jurídica (BERWIG, 2019).

Portanto, neste capítulo do trabalho o leitor pode entender os aspectos gerais do conceito de interesse público, para que no decorrer do trabalho, o leitor identifique e se familiarize com as diversas características que compõem o interesse público, como se verá no próximo tópico do trabalho, onde se estudará a terminologia que envolve o interesse público, bem como as dificuldades para a sua efetivação.

3.1 INTERESSE PÚBLICO: DA IMPRECISÃO TERMINOLÓGICA À TENTATIVA DE EFETIVAÇÃO

Passará a ser analisado o conceito propriamente dito de interesse público, suas diversas facetas com relação a terminologia, visto que é um conceito jurídico indeterminado e amplo, bem como, a tentativa de sua efetivação no mundo fático, perante os seus destinatários, qual seja, os cidadãos.

Em 1992, Carlos Ari Sundfeld, já havia criticado e realizado uma reflexão a respeito da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. Visto que, poderia refletir a ideia de que um interesse estaria acima de outro, fato que não condiz com a ordem constitucional. Portanto o correto seria que o interesse público teria prioridade sobre as questões privadas, se referindo à um princípio da autoridade. (LIMA, 2009). Observa-se que o cidadão expressa seus interesses por meio de duas formas, sendo a primeira, no que diz respeito aquelas vontades pessoais, atinentes ao próprio indivíduo e outra pública, sobre as vontades que abarcam toda a coletividade, meio do qual faz parte (HACHEM, 2003). Hachem, mencionando Bandeira de Mello, expressa a relação entre os interesses particulares e públicos, da seguinte forma:

[...]o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem". (Hachem, 2003, p. 63).

Ainda, o Direito Administrativo, sendo um ramo do Direito Público, possui alguns objetivos a serem alcançados, como nas palavras de França:

O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público voltado à organização da contenção da atividade estatal destinada à persecução do interesse público concretizável para o real benefício do cidadão. Estabelece os limites da gestão do poder que é exercido em nome do povo. Trata-se da concatenação do agir responsável e responsabilizável do Estado, conforme um regime jurídico próprio de poderes e sujeições. Apoiar-se e se justificar para o sistema jurídico pátrio em dois pilares: a inafastabilidade do alcance do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado. (FRANÇA, 2012, p. 23).

A finalidade pública é garantir o alcance das suas atividades para o maior número de indivíduos, ampliando assim a concretização das necessidades coletivas.

Em consequência, fazendo vigorar a justiça social e o bem comum dos indivíduos compreendido por um arcabouço de garantias previstas na Constituição Federal de 1988 (WEINMANN, 2010).

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 preza pelo princípio da dignidade da pessoa humana, na qual não será abordado, pois, este assunto por si só caberia em um trabalho a parte. Porém, ao conferir grande relevância para este princípio, é necessário conferir proteção aos interesses dos indivíduos, em face dos interesses da coletividade, naqueles em que o Estado promove. Com discussões de viés político, pode ocorrer a ideia de que há um princípio jurídico onde os interesses da coletividade deveriam se sobressair aos interesses particulares dos indivíduos (BINENBOJM, 2005).

Para que ocorra a compreensão da importância desta prevalência, passará a analisadas algumas premissas da Administração Pública. A título de exemplo, quando ocorre de forma clara na sua atuação, a superioridade do interesse público prevalecendo aos interesses particulares. A de se observar que isto ocorre em parte, pois a finalidade da Administração Pública é o alcance do interesse público e para isso é detentora de alguns recursos que o particular não dispõe, como também possui algumas situações mais favoráveis, para que o Poder Público consiga atingir sua finalidade maior (OSORIO, 2000).

Nota-se que o interesse público é marcado pelas características do idealismo jurídico, feição formalista e traços positivistas. Quanto à feição formalista, quando é necessário realizar sua aplicabilidade para a resolução em um caso concreto, se tornará insuficiente. Quanto ao positivismo, o interesse público se torna incapaz de resolver casos em que ocorre a contradição com outros princípios (LIMA, 2009).

Observa-se que a ligação entre interesse público e privado, poderá ocorrer na forma de oposição ou de composição, na primeira, a finalidade administrativa é o interesse geral ou a utilidade pública, enquanto na segunda, seriam os interesses dos particulares em satisfazer seus benefícios pessoais. Encontrando-se aqui a relação de oposição (HAEBERLIN, 2014).

Outro ponto que carece de atenção, diz respeito a atuação da administração discricionária, pois um dos objetivos da administração pública é atender ao interesse público, efetivando esta premissa sob o viés das prerrogativas que determinam a preponderância do interesse público sobre o privado. Ao efetivar este objetivo, a

administração pública busca alcançar uma das suas razões básicas de existência, sendo a colaboração para a realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, contidos no art. 3º, da Constituição Federal de 1988 (FRANÇA, 2012).

Borges ainda conceitua o interesse público de forma ampla e pontual, de fácil compreensão:

O interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. (BORGES, 2011, p. 10).

Haerberlin para demonstrar o conceito de interesse público, revela uma analogia de grande valia, como pode ser observado:

Isso faz com que possamos entender o interesse público, em analogia, como se fosse um ponto focal que diagrama multifacetadas ações estatais e privadas, consubstanciadas nos mais diversos princípios, como feixes de luz convergentes na lente da colisão de direitos fundamentais. Nessa analogia, o feixe torna-se a abrir, pela ponderação, em atos legislativos, administrativos, e, excepcionalmente, nos atos jurisdicionais. (HAEBERLIN, 2014, p. 418).

Ao definir os anseios, as necessidades e prioridades da sociedade, surge o interesse público, pautado nos critérios temporais e espaciais, para que as escolhas a serem tomadas na concretização do interesse público, possam ser determinadas nos ditames constitucionais, por meio de procedimentos administrativos específicos. Cabe ao estado, efetivar o controle das escolhas cotidianas dos administradores públicos, que melhor atendam as demandas para a realização do interesse público (FRANÇA, 2012).

Ponto de relevante observação se perfaz neste âmbito, visto que a doutrina moderna, passa a se dedicar cada vez mais a precisão do conceito de interesse público, para que a Administração Pública não se exima de controle, no alcance de suas ações. O interesse público é fundamento para o direito administrativo, mas não o é para o direito da Administração Pública, como Borges relata nos dizeres de Hector Jorge Escola: “o direito do interesse público, pretendido através da atividade administrativa”. (BORGES, 2011, p. 9).

Como pode-se observar dos estudos acima citados, é possível concluir que o interesse público é um conceito amplo, com inúmeros fatores para que seja possível

a sua concretização, além de que o mesmo perpassa por diversos poderes e hierarquias dentro do Estado. Para que a compreensão do tema abordado ocorra de forma geral, no próximo tópico será estudada as distinções entre o direito coletivo e o interesse privado e como estas diferenças podem influenciar nas tomadas de decisões dos administradores públicos.

3.2 DISTINÇÕES ENTRE DIREITO COLETIVO E INTERESSE PRIVADO

A partir do raciocínio lógico desenvolvido durante o trabalho, até aqui, nota-se que a distinção de grande relevância para o assunto abordado, diz respeito aos conceitos de direito coletivo e interesse privado e como estes influenciam na tomada das decisões coletivas. Antes de adentrar propriamente no tema central, vale ressaltar que no decorrer da história, ocorreram mudanças significativas nas relações entre o indivíduo e a sociedade, fazendo com que esta discussão se tornasse central para os pensamentos políticos (BINENBOJM, 2005).

Importante aspecto a ser observado, diz respeito que a noção de interesse público não se contrapõe aos interesses individuais, pois no primeiro, qual seja, no interesse público, ocorre uma soma de interesses individuais onde são projetadas as aspirações dos indivíduos (BORGES, 2011). Pois sendo impossível dissociar os interesses públicos dos privados, sendo que um se perfaz mediante o outro, portanto, apesar de conceitos diversos, um complementa o outro. Borges aborda estes aspectos, mencionando Humberto de Avila e Gustavo Binенbojm:

O verdadeiro interesse público é indissociável dos interesses que o compõem. Como acertadamente diz HUMBERTO AVILA, “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira, que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)”. Ou, como resume GUSTAVO BINENBOJM, “a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro. (BORGES, 2011, p. 21/22).

Partindo de uma análise com relação ao Estado Democrático de Direito, tem-se que o Estado deve estabelecer limites para que não ocorra a intervenção na liberdade dos indivíduos, ao passo que deve manter uma certa ordem quanto aos interesses privados dos mesmos. As normas constitucionais surgem com o propósito de orientar e legitimar o estado liberal, garantindo que ocorra uma separação entre a

esfera pública e a esfera privada, apesar da sua interdependência. No contexto de coletividade, Chaves menciona algumas condições:

Nesse contexto do eu coletivo, a solidariedade surge como fonte integradora da comunidade, pois a consciência das relações pré existentes, ou seja, anteriores à própria criação das instituições políticas da sociedade permite reconhecer a interdependência mútua e voluntária entre os membros da comunidade. A solidariedade, portanto, seria uma condição natural da integração social [...]. (CHAVES, 2013, p. 32).

Visto que, o interesse público, nada mais é do que a soma de diversos interesses individuais que se coadunam em volta de um princípio, valor ou utilidade que os indivíduos almejam, Borges relata:

Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade. (BORGES, 2011, p. 114).

Com relação aos interesses privados, é importante notar que apesar destes, o indivíduo só consegue alcançar determinados fins ao realizar suas atividades em meio a coletividade, por meio das práticas sociais. Portanto, ao tomar suas próprias decisões deverá ser levado em consideração o outro. Chaves ainda, faz uma importante observação com relação as características da República, que pode ser aplicada de forma análoga com direito coletivo e interesses privados, como pode ser observado:

Ao descrever as características de uma república “que funcione”, Taylor chama a atenção para o fato de o vínculo de solidariedade com os compatriotas se basear em um sentimento de destino compartilhado em que o próprio compartilhar tem valor. (CHAVES, 2013, p. 42).

Levando-se em consideração a ordem democrática estabelecida no país, há de ser observado como isso se relaciona entre os interesses individuais e públicos dos cidadãos. Ainda, Borges faz uma importante observação com relação ao reconhecimento dos interesses: “Sem dúvida, pode bem acontecer que uma parcela da comunidade não reconheça ou identifique aquele interesse como seu, ou cujo próprio interesse se ache, até, em colisão com esse querer valorativo predominante”. (BORGES, 2011, p. 114).

Percebe-se então que há diferenças entre o direito coletivo e o interesse privado, mas que um se perfaz precipuamente com outro, pois o primeiro surge justamente dos anseios do segundo. Sendo, portanto, os anseios individuais realizados no âmbito da coletividade, o estudo deve se voltar para ambos os conceitos.

3.3 LEGITIMAÇÃO E VALIDADE: AFINAL, A QUEM COMPETE IMPLEMENTAR O INTERESSE PÚBLICO?

Diante de toda a construção lógica realizada no decorrer no trabalho até aqui, nesta seção será abordada a competência para a implementação do interesse público, pelo viés da legitimidade e validade. A implementação do interesse público é voltada para a promoção e desenvolvimento do cidadão, porém em torno desta premissa surge um dilema constitucional em torno do Estado. Pois há duas frentes de atuação do Estado, ou este efetiva todos os ditames constitucionais em sua plenitude ou realiza o mínimo necessário para que o cidadão, objeto de sua existência, possa ser atendido (FRANÇA, 2012).

Nota-se que o Direito Administrativo discorre justamente sobre o controle da discricionariedade das ações, sejam elas positivas ou negativas, dos administradores públicos, sendo estes os competentes para a implementação do interesse público, portanto, as escolhas destes não se enquadram em um espaço de deliberação livre, pois devem ser pautadas na legalidade. Sendo importante estudar, como ocorre a concretização das premissas e objetivos impostos por meio dos aparatos jurídicos, que estabelecem um certo grau de controle jurisdicional da atividade discricionária estatal (FRANÇA, 2012). Com relação a discricionariedade administrativa, importa observar os aprendizados de Queiroz:

Para que se possa compreender a exata configuração do interesse, no âmbito do direito público, faz-se necessário o correto entendimento dos limites da discricionariedade administrativa, na medida em que ela define o espaço no qual o administrador atuará sem as balizas da legalidade formal e limitado apenas pela legitimidade conferida a ele como gestor e defensor do interesse público.

O administrador praticará ato legítimo quando a sua conduta estiver pautada pela defesa do interesse público e tiver o condão de gerar resultado eficiente, eficaz e efetivo¹¹, no sentido da melhor administração. (QUEIROZ, s.d., p. 6).

Seguramente, o Estado deve voltar-se ao máximo, dentro dos limites existentes, inclusive já estudados nas seções anteriores do trabalho, para a realização dos objetivos e preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, conforme menciona França:

Isto é, o Estado, em tese, não pode realizar plenamente seus objetivos primordiais e, de outro ângulo, não pode realizar insuficientemente seus objetivos fundamentais. O que o Estado, então, deve fazer? Certamente a resposta está direcionada ao ideal de que o Estado deve fazer o máximo possível para o pleno alcance de seus objetivos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional. (FRANÇA, 2012, p. 15).

Diversas funções e órgãos estatais se vinculam para atingir o interesse público, mas nota-se que a função administrativa, se encontra precipuamente ligada a implementação deste interesse, Borges relata sobre isso:

Mas à função administrativa incumbe, em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade específica e precípua de prover a respeito, em caráter concreto, direto, contínuo, imediato, cotidiano. Caberá Administração Pública, no seu dia-a-dia, interpretar o interesse público, para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva. (BORGES, 1996, p. 1).

O conceito de interesse público se torna concretizável com ações positivas e produtivas do Estado perante aqueles que necessitam deste, para que as atividades estatais se coadunem com os objetivos fundamentais propostos na Constituição Federal de 1988 (FRANÇA, 2012).

A implementação do interesse público, se torna legítima e válida com as decisões do legislador e da Administração Pública em um momento inicial, mas caberá ao Poder Judiciário realizar o juízo de ponderação, conforme explicação de Borges:

A tarefa decisória, extremamente delicada, compete ao legislador e à Administração Pública, em um primeiro momento, mas sobretudo ao Poder Judiciário, a quem cabe, em decisão final, o juízo de ponderação que preencha em definitivo o conceito indeterminado do interesse público – no caso, o do melhor interesse público a prevalecer, em benefício de toda a coletividade. (BORGES, 2011, p. 23).

Nota-se que tendo o conceito de interesse público, diversos significados, a depender da interpretação que lhe for dado pelo seu aplicador, a principal tarefa do interpretador será realizar um juízo de legalidade (BORGES, 2011). Portanto, Borges

ao mencionar Garcia de Enterría, menciona à interpretação de conceitos indeterminados:

Decerto, porquanto já se acha de todo superada, na moderna doutrina, a concepção tradicional de que o preenchimento de conceitos indeterminados estaria estritamente situado no campo da discricionariedade administrativa. Tal concepção traz, como inevitável corolário, a conclusão de que, tratando-se de matéria eminentemente discricionária, a aplicação pela Administração de conceitos indeterminados, sobretudo o de interesse público, estaria totalmente subtraída à apreciação do Poder Judiciário, porquanto estaríamos em face de noções ligadas à conveniência e oportunidade das decisões, ao seu mérito, pois. (BORGES, 1996, p. 110-111).

Entre o mundo real dos indivíduos e os sistemas econômicos, administrativos e jurídicos, o direito assume papel de suma importância na mediação através de meios legítimos dos conflitos. O direito deve oportunizar a emancipação dos indivíduos ao passo da integralização da sociedade. Chaves ao citar Habermas, expressa a proposta de um imaginário ideal das condições que levariam a atingir o interesse público, tanto na sua legitimidade quanto em sua validade:

A convicção de Habermas consiste em desenvolver um paradigma jurídico no qual os componentes emancipatórios sejam colocados em prática possibilitando que o Direito, em última instância, seja compreendido como resultado da participação autônoma dos cidadãos, através da ação comunicativa, sendo o sistema do direito compreendido como expressão da vontade dos sujeitos livres e iguais. Portanto, o paradigma procedimental do direito, visa apresentar uma saída à tensão entre facticidade e validade imanente ao direito, possibilitando um nexó entre a autonomia privada do indivíduo e a autonomia pública do cidadão. (CHAVES, 2013, p. 60).

Nota-se que a discricionariedade dos atos administrativos, reside justamente no fato do conceito de interesse público ser indeterminado, pois a Administração Pública, realiza um julgamento frente às diferentes esferas envolvidas nas suas escolhas, mediante critérios jurídicos que não necessariamente estão expressos na legislação. (BORGES, 2011).

Conclui-se que a competência para a efetivação do interesse público, advém de um acordo entre os administradores e administrados, pautados na legalidade que lhes é atribuída, visto que o conceito de interesse público não encontra definição legal no ordenamento jurídico vigente, mas que os atos administrativos devem ser pautados na lei. Ainda, os legisladores com a preocupação referente as consequências dos atos dos administradores públicos, nas mais diversas esferas da vida em sociedade,

entenderam ser pertinente realizar mudanças na lei n. 13.655/2018, para que os administradores fundamentassem suas escolhas, mesmo diante da discricionariedade que lhes são pertinentes.

Inicialmente competente para a implementação do interesse público, o legislador no momento da criação, modificação ou alteração da legislação. Em um segundo momento, a Administração Pública assume este papel na competência do interesse público, pois dentro da legalidade, possui a discricionariedade das escolhas. Podendo ocorrer divergência de entendimentos, o Poder Judiciário será o incumbido de tomar decisões com relação as questões que serão levantadas para o debate jurídico.

CONCLUSÃO

O problema da pesquisa se pautou na seguinte questão, nos limites para a intervenção do Poder Judiciário no mérito político das decisões da Administração Pública, como justificativa para efetivar os direitos e garantias fundamentais seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal de 1988?

Portanto, diante das hipóteses levantadas no início da pesquisa, após a análise da doutrina moderna, sobre a teoria do constitucionalismo dirigente, no que se refere a supressão dos espaços de deliberação política e limitação das possibilidades do discurso democrático, nos termos preconizados por Jürgen Habermas, bem como a consolidação do Estado Democrático de Direito tem como pressuposto a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, que são limitados por circunstâncias de viés orçamentário, como a reserva do possível demonstra.

Conclui-se que estavam corretas, visto que o Poder Judiciário através das suas decisões, limita o poder discricionário da Administração Pública, para que se cumpra as disposições constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, que por inúmeras vezes são limitadas por razões orçamentárias. Apesar da Constituição Federal de 1988 prever diversos direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, estes se concretizam através das atividades dos administradores públicos, que são detentores de parcela de poder decisório dentro do Estado, porém devem se atentar para o critério da legalidade, dentro dos limites da discricionariedade que lhe são atribuídas.

A pesquisa voltou-se no primeiro capítulo do trabalho para a conceituação do neoconstitucionalismo, fazendo um paralelo com o ativismo e a autocontenção judicial. Abordando as modificações que o neoconstitucionalismo provocou nos três poderes que compõem o Estado Brasileiro, bem como o estudo da delimitação do espaço político no Estado Democrático de Direito, realizando então uma análise nos conceitos de jurisdição e democracia. A partir destes estudos, foi possível concluir que no atual ordenamento jurídico vigente no Brasil, ocorrem dois fenômenos

concomitantemente, sendo o ativismo judicial na qual ocorre a aplicação da lei ao caso concreto, independente da análise das demais esferas que possam ser afetadas com as sentenças, portanto o magistrado ganha espaço de soberania nas relações, ao lado da autocontenção judicial, onde o magistrado deverá tentar se eximir de adentrar nas esferas que não são sua competência nas relações que lhe são trazidas para julgamento.

Com as crescentes e rápidas modificações da sociedade atual, nota-se a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, sendo este fenômeno caracterizado como neoconstitucionalismo. Fenômeno este que reflete na forma de organização e tomada de decisão dos três poderes que compõem o Estado.

No atual Estado Democrático de Direito, os cidadãos possuem diversos direitos e garantias, das mais diversas classes, que estão positivados na Constituição Federal de 1988. Porém muitos desses direitos não são efetivados, devido as condições econômicas, políticas e sociais do país. A questão política é afetada tanto com as sentenças dos tribunais, como pelos atos dos legisladores, bem como pelas decisões dos administradores públicos.

Os cidadãos que compõem a jurisdição de determinado Estado, historicamente confiam no Poder Judiciário para a resolução dos conflitos e para que possam ter seus direitos garantidos, de forma a sanar suas necessidades. A análise em torno da jurisdição e da democracia, reside justamente neste viés, focalizando as necessidades dos cidadãos que compõem a jurisdição e o espaço político, representado pelos escolhidos pelo povo. Ocorrendo a participação dos cidadãos na parte política da democracia, ficando os representantes escolhidos com a incumbência de fazer prevalecer a vontade da maioria, diante das necessidades e direitos positivados perante os mesmos.

No segundo capítulo estudou-se acerca do controle judicial das omissões do Poder Público, visto que este deve se atentar para a reserva do possível, que em muitos casos não é capaz de abarcar toda a demanda de ordem prática dos cidadãos. Se atentando para os critérios da conveniência e oportunidade que os administradores públicos utilizam na tomada de decisões e os limites da intervenção do Poder Judiciário no mérito político das decisões da Administração Pública. Ainda, um breve estudo com relação a análise consequencialista e as inovações advindas das alterações na lei n. 13.655/2018, qual seja, a LINDB (Lei de Introdução as Normas do

Direito Brasileiro) e como estas alterações promoveram mudanças na tomada de decisões tanto judiciais como administrativas. Com estas reflexões foi possível concluir que o controle judicial das omissões do Poder Público, faz parte de grandes e relevantes debates, visto que, a Constituição Federal de 1988 possui como característica ser garantidora de vários direitos positivados no texto constitucional. Questão que faz com que as omissões ocorrem, pois, o Poder Público não consegue acompanhar as transformações e necessidades de todos os seus cidadãos.

Questões de suma importância para os cidadãos, são os direitos fundamentais, pois estes assumem certa supremacia no ordenamento jurídico. Problema ocorre que na sua efetivação, os administradores públicos e todo o aparato estatal recai sobre a teoria da reserva do possível.

Pois, as necessidades dos cidadãos seguem cada vez mais sendo aclamadas, sendo uma classe de direitos infinitos, ao passo que a Administração Pública, possui orçamentos e disposição financeira finita. Porém, há um paralelo de grande relevância para o presente trabalho, qual seja, os direitos fundamentais com a democracia, existindo uma ligação recíproca entre ambos os conceitos.

Visto que, o aparato estatal deve tanto quando possível tentar efetivar a dignidade da pessoa humana, fato este previsto na Constituição Federal de 1988, sendo um dos seus principais objetivos. Por consequência lógica, os direitos fundamentais estão incluídos neste rol de efetividade a serem cumpridos. Para que os cidadãos possam ter seus direitos garantidos, o Poder Judiciário, em diversos momentos impõem decisões e procedimentos a serem acatados pelos administradores públicos, ocorrendo a intromissão de um poder em outro.

No momento em que o Poder Judiciário adentra na esfera de decisão dos demais poderes que compõem o Estado, este acaba por ferir com a discricionariedade dos administradores, visto que estes tomam suas decisões baseados nos critérios da conveniência e oportunidade que lhe são conferidos mediante o princípio da legalidade da Administração Pública.

O legislador percebendo a necessidade de fundamentação das decisões administrativas, realizou mudanças significativas na lei n. 13.655/2018, qual seja, na LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro), para que, assim como os julgadores tem a incumbência de fundamentar suas decisões, os administradores passam a tê-la também. Pois, a maior preocupação do legislador, se faz na esfera da

consequência das decisões dos administradores, visto que estes devem observar as demais esferas que suas decisões possam alcançar.

Trazendo a análise consequencialista das decisões da administração pública, sendo uma grande inovação para o Direito Administrativo, pois a partir destas modificações na legislação, os administradores não só devem pautar suas decisões na legalidade, oportunidade e conveniência, como também devem fundamentar suas decisões tanto aquelas em que ocorrem ações positivas ou negativas frente aos seus administrados.

Por fim, no terceiro e último capítulo, buscou-se investigar a terminologia do conceito de interesse público e quem seria o competente para efetivá-lo. Procurou demonstrar as distinções entre o direito coletivo e o interesse privado, bem como, a legitimidade e validade, pesquisando a cerca de quem seria a competência para a implementação do interesse público. A partir destes estudos pode-se concluir que, o conceito de interesse público é por muitas vezes debatido, pois possui muitas facetas a serem abordadas, mas se faz importante conceitua-lo, visto que a satisfação ocorre através dos atos administrativos. Além da satisfação por todos os demais poderes do Estado, visto que este é o fim pelo qual se realiza a promoção dos objetivos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

O interesse público, para além da esfera administrativa, se perfaz do conjunto de necessidades individuais dos cidadãos que compõem a sociedade, pois conforme os estudos demonstrou-se que o interesse público se compõe a partir de um rol de necessidades da coletividade, pois é nesta que os indivíduos concretizam seus objetivos. O aparato estatal deve buscar a concretização do interesse público, pois neste momento ocorrerá a satisfação da maior parte das necessidades dos indivíduos, nas diversas esferas da vida em sociedade.

Diversos autores e estudiosos já se debruçaram a discorrer sobre o conceito de interesse público, mas este por si só, possui na sua natureza uma imprecisão terminológica, visto que mesmo diante do interesse público, os indivíduos possuem interesses na esfera privada. Porém, apesar de divergentes, os interesses não se anulam, pois, os indivíduos querem a satisfação das suas necessidades pessoais, bem como a satisfação das necessidades coletivas, na qual está inserido.

Em alguns casos, é possível verificar a prevalência do interesse público sobre o privado, situação que ocorre por vezes porque uma das finalidades da

Administração Pública é a satisfação desta classe de interesses. Nota-se que a ligação entre interesse público e privado, poderá ocorrer na forma de oposição ou de composição.

Ainda, a atuação administração se concentra da esfera da discricionariedade, pois os administradores podem realizar escolhas sobre as circunstâncias que aplicará e a melhor forma de aplicação dos recursos financeiros, de serviços e até mesmo de servidores públicos, obedecendo a legalidade que lhes é imposta. Porém, a atuação administrativa por mais que contemple com a característica da discricionariedade não poderá se eximir do controle pelo aparato estatal. Mais uma característica que reforça as modificações realizadas na lei n. 13.655/2018, como estudado no trabalho.

Neste ponto de debate, de fundamental importância é a distinção entre os direitos coletivos e os interesses privados, pois estes ocorrem de forma concomitante, sendo que a satisfação de um não anula que o outro se satisfaça. No Estado Democrático de Direito, o Estado realiza suas escolhas para a satisfação do interesse público, tanto quanto possível for, assim como estudado, porém esta satisfação não poderá intervir na liberdade dos indivíduos.

Os indivíduos satisfazem suas necessidades particulares no meio no qual vivem, qual seja, junto à coletividade, surgindo assim a necessidade de existir o Direito Coletivo, ao passo que, a coletividade se satisfaz na realização dos interesses privados dos indivíduos. Diante desta premissa surge a questão a quem compete a implementação do interesse público, diante dos critérios da legitimação e validade? Os estudos realizados neste trabalho, demonstram que o Direito Administrativo se volta a controlar a discricionariedade das ações dos administradores públicos, sendo estes os competentes para a implementação do interesse público.

No momento inicial, a legitimação e validade do interesse público, acontece por meio das ações dos legisladores e da Administração Pública, se neste lapso temporal ocorrer afronta à algum preceito constitucional, a competência para a implementação do interesse público, passará para o Poder Judiciário, visto que este é o órgão competente para a tomada de decisões no aspecto jurídico.

Paralelamente a esta situação de legalidade dos administradores, a realidade dos cidadãos se encontra acontecendo no dia a dia, sendo que estes necessitam de diversas formas de amparo estatal, nas modalidades jurídicas ou administrativas. Estas atividades devem ser reguladas e controladas para que não ocorra algum

excesso nas ações ou omissões e ainda, para que um poder do Estado não interfira em outro.

Esta se tornou uma preocupação do legislador, a ponto de fazer alterações na LINDB (Lei de introdução no Direito Brasileiro), alterações que surgiram com o viés de análise das consequências das decisões, para que fossem tomadas da melhor forma possível, motivadas e fundamentadas. Sendo uma preocupação do legislador que os administradores públicos analisem as consequências das suas decisões nos mais diversos âmbitos que possam estar inseridas, para o melhor aproveitamento no que diz respeito aos objetivos a serem atingidos, conforme previsão na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROS, Amanda Silva Franco de. **A nova LINDB: Segurança jurídica e inovação administrativa através dos dispositivos trazidos pela lei nº 13.655/2018.** Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em < <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20092> > Acesso em: 20 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <<http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=681&IDA=27551>> Acesso em: 10 de jun. 2020.

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2019

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.** Doutrina, R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 2005. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855> > Acesso em: 04 de abril de 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 2. Ed. Revista e Atualizada – Rio de Janeiro, São Paulo, Recife. Renovar, 2008.

BITENCOURT, Caroline Müller e LEAL, Rogério Gesta. **Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da lei 13.655/2018: uma análise crítica sob a perspectiva da (in)segurança jurídica.** Ebook Passando a limpo a gestão pública: arte, coragem, loucura. NCA Comunicação e Editora, Curitiba, 2020.

BORGES, Alice Gonzales. **Interesse Público: um conceito a determinar.** Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, jul/set. 1996. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46803>> Acesso em: 03 de maio 2021.

BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?.** REDAE, Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador/Bahia, ed. 26.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília: Senado 1988.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. **O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 5, n. 21. Disponível

em < <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/451>> Acesso em: 20 de maio 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. Ed. – São Paulo. Saraiva, 2011.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da administração pública**. Revista Controle - Doutrina e Artigos, v. 17, n.2, 2019. Disponível em < <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/529> > Acesso em: 23 de maio 2021.

CARVALHO, Rodrigo Barbosa Teles de. **A tendência moderna de abertura democrática da jurisdição constitucional brasileira**. Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, CE, 2020. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3352.pdf> > Acesso em: 09 de out 2020.

CHAVES, Ronaldo Santana. **A teoria procedimental de Habermas: A superação do conflito entre autonomia privada e autonomia pública**. Universidade Federal de Santa Catarina, programa de pós-graduação em filosofia. Florianópolis, 2013. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/101078> > Acesso em: 18 de maio 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 54, p. 28, Jan/2006, Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 3, p. 239, Ago/2011. DTR\2006\743.

CONRADO, Márcio Macêdo. **Impactos da lei nº 13.655/2018 na atuação dos órgãos de controle e seus reflexos na administração pública**. Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Administração de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em < <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2573>> Acesso em: 11 de abril 2021.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa de. **Ativismo Judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 116, jan./jun. 2018. Disponível em < <https://doi.org/10.9732/rbep.v116i0.511> > Acesso em: 07 de jun 2020.

CUNHA, Jânio Pereira. **Jurisdição constitucional e teoria política da democracia: comissões parlamentares de inquérito**. Dissertação Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR. Fortaleza, Ceará, 2008. Disponível em < <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp049125.pdf> > Acesso em: 09 de out 2020.

EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. **O neoconstitucionalismo como fundamento jurídico do estado democrático de direito e seus reflexos sobre o princípio da legalidade**. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

PUC/SP. São Paulo, 2014. Disponível em < <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/6756/1/Eduardo%20Rodrigues%20Evangalista.pdf> > Acesso em: 09 de out 2020.

FAGUNDES, M. Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo.** Doutrina. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830> > Acesso em: 11 de out 2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos.** Vol. 6, n.1, 2019. Disponível em < <https://www.rel.uniceub.br/prisma/article/view/778> > Acesso em: 20 de maio 2021.

FRANÇA, Phillip Gil. **A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais de República Brasileira – Fundamentos e contornos da ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2012. Disponível em < <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2522/1/000438244-Texto%2BParcial-0.pdf> > Acesso em: 11 de abril 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v.7, n. 7, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo.** A & C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Juruá, Curitiba, 2003.

HAEBERLIN, Martín Perius. **Crítica da razão do Estado: Uma (re)formulação do conceito de interesse público e a correlata construção de um estado meritocrático de direito.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2014. Disponível em < <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4272#preview-link0> > Acesso em: 14 de março 2021.

KROL, Heloísa da Silva. **Aportes da Teoria Constitucional: uma abordagem sobre Constituição, democracia e jurisdição constitucional.** Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Gabriel de Araújo. **Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal.** A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 123-153, abr./jun. 2009.

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.** Disponível em <

https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=es > Acesso em: 13 de out 2020.

MACKEINZE, Iain. **Política: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre. Artmed, 2011. Ebook Artmes Editora S.A. – Porto Alegre, RS

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Jan/jul 2008. Disponível em < <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580> > Acesso em: 10 de out 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. **Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo> > Acesso em: 14 de jun 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. Ed. – São Paulo. Atlas, 2003.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. Tese Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002. Disponível em < <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43165> > Acesso em: 13 de out 2020.

OSORIO, Fabio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, ano 2000.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. CARDOSO, Henrique Ribeiro. SOUSA, Otavio Augusto Reis de. **Possibilidades e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 3, n. 11, Belo Horizonte: Fórum-2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello Pinho. **Direito Constitucional. Da organização do estado, dos poderes, e histórico das constituições**. 17. Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

PONTE, Jairo Rocha Ximenes. Democracia Constitucional, esfera pública e comunicação: **O sentido de “público” como sistema de radiodifusão na Constituição de 1988**. Dissertação Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010. Disponível em < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3854> > Acesso em: 18 de out 2020.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **O interesse público em juízo: um tema revisitado**. Quaestio Iuris, vol. 06, nº 01. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9582/7417> > Acesso em: 07 de março 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf> Acesso em: 21 de jun 2021.

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito.** Disponível em <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920> > Acesso em: 13 de out 2020.

SILVA, Raphael Kennedy e. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, PB, 2006. Disponível em <
<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/13659> > Acesso em: 14 de abril 2021.

SOUZA, Luciane Moessa de. **A omissão inconstitucional inviabilizadora de direitos fundamentais: limites e possibilidades para o controle judicial.** Disponível em: <
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza3.pdf > Acesso em: 25 de abril 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil.** Novos estudos Jurídicos. Volume 8 – nº 2 – p. 257-301, maio/ago. 2003.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV. São Paulo. Jan-Jun 2012.

WEINMANN, Gustavo Seiji Sendoda. **Interesse Público e sua Supremacia sobre o Interesse Privado.** Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010. Disponível em <
<https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31407> > Acesso em: 14 de março 2021.