



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E LIMITE À DISCRICIONARIEDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PUBLIC POLICIES AS AN INSTRUMENT FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND A LIMIT TO DISCRICIONARITY IN THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL RIGHTS

<i>Recebido em:</i>	28/07/2018
<i>Aprovado em:</i>	27/11/2018

Isabela Bentes de Lima ¹

RESUMO

Este artigo pretende analisar a constitucionalização das políticas públicas como instrumento para o desenvolvimento social e limite à discricionariedade na implementação dos direitos sociais. Para isso, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica de Karl Engisch, Amartya Sen e Ronald Dworkin. O objetivo é demonstrar que o uso da discricionariedade é limitado pela Constituição. O estudo conclui que as políticas públicas são padrões normativos constitucionais e são um instrumento viável para promover a

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (2009); Analista Judiciária área judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará; Endereço eletrônico: isabelabentes@gmail.com.



efetividade dos direitos sociais e o desenvolvimento, e o exercício da discricionariedade não alcança a possibilidade de não realização dos direitos sociais.

Palavras-chave: Constituição; Políticas públicas; Desenvolvimento; Discricionariedade; Direitos sociais.

ABSTRACT

This article intends to analyze the constitutionalization of public policies as an instrument for social development and limit to discretionarity in the implementation of social rights. For this, it was used as methodology the literature review of Karl Engisch, Amartya Sen e Ronald Dworkin on the subject. The purpose is to demonstrate that the use of discretionary is limited by the Constitution. The study concludes that public policies are constitutional normative standards and are a viable instrument to promote the effectiveness of social rights and development, and the exercise of discretion does not reach the possibility of non-realization of social rights.

Keywords: Constitution; Public policies; Development; Discretionary power; Social Rights.

INTRODUÇÃO

O tema neste artigo desenvolvido se refere à constitucionalização das políticas públicas como instrumento para o desenvolvimento social e limite à discricionariedade na implementação dos direitos sociais. A noção de desenvolvimento de Amartya Sen, de que o exercício das liberdades substantivas consiste em parâmetro para verificar os níveis de progresso de uma sociedade, será abordada neste trabalho.

A metodologia realizada para realizar este trabalho foi a revisão bibliográfica através da exposição de resumo crítico da doutrina de Karl Engisch, Amartya Sen e Ronald Dworkin sobre o conteúdo da discricionariedade, de desenvolvimento e de políticas públicas, com análise descritiva e crítica. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que o uso da



discrecionalidade é limitado pela Constituição, e que esta operou o fenômeno da constitucionalização das políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais, como forma de estabelecer o desenvolvimento social.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, identificou-se que o tratamento jurídico das políticas públicas ainda não é objeto de consenso, e o diálogo entre a ciência política e o direito ainda se trata de uma recente abordagem na área jurídica, com destaque para Maria Paula Dallari Bucci, que em sua obra “Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas”, estabelece algumas reflexões e bases para consolidar essa nova visão. O artigo menciona, sem pretensão de esgotar o assunto, alguns desses aspectos que pela referida estudiosa foram desenvolvidos. Todavia, é com base na ideia de *policies* de Dworkin, que o trabalho se funda para analisar os artigos da Constituição de 1988 como políticas públicas.

Utilizou-se a definição de discrecionalidade delineada por Karl Engisch para analisar as disposições constitucionais sobre os direitos sociais. E foi realizada correlação da discrecionalidade, dentro dessa perspectiva teórica, com as atividades jurisdicional e administrativa que consubstanciam a implementação dos direitos sociais.

Desta maneira, no primeiro item há exposição da definição de discrecionalidade, com ênfase na visão de Karl Engisch, que desenvolve as definições de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos e conceitos discrecionários.

No item 2, abordou-se a interdependência entre as dimensões de direitos humanos para a sua efetividade, à luz da noção de desenvolvimento de Amartya Sen e da definição de políticas públicas de Dworkin. O propósito é vincular as delimitações conceituais trazidas pelo artigo à ideia de efetividade dos direitos sociais. No item 2, ainda, foram propostas algumas indagações a respeito do exercício da discrecionalidade pelo juiz na atividade jurisdicional e pelo gestor público na atividade administrativa.

O item 3 se ocupa de aplicar o conceito de discrecionalidade de Karl Engisch às disposições normativas do artigo 208 da CR/88, onde se aduz que nessas não há presença



de expressões legislativas (conceitos jurídicos indeterminados) que designem o exercício da discricionariedade como opção para efetivação ou não do direito à educação.

O trabalho concluiu que a discricionariedade do Estado se restringe a estabelecer a melhor forma de promover a execução das políticas públicas contidas na Constituição, excluindo-se a possibilidade de não realização dos direitos sociais, considerando que as políticas públicas de implementação dos direitos sociais têm como objetivo acabar com a escassez socioeconômica (para viabilizar o exercício de liberdades fundamentais) e edificar o desenvolvimento social.

1 APONTAMENTOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE

A lei não possui a capacidade de alcançar todas as possibilidades de ocorrência de conflito na sociedade, razão pela qual delinea parâmetros a serem aplicados a partir do exercício hermenêutico por parte de seu intérprete e aplicador. No que se refere à execução de atos administrativos, e, mais especificamente, a execução de políticas públicas de implementação dos direitos sociais, a lei tem a responsabilidade de determinar quais os antecedentes necessários para a execução de determinado ato. Então, a depender da concessão de liberdade ou não pelo legislador, tem-se, numa concepção mais tradicional, a divisão entre os atos administrativos vinculados e discricionários.

Desse modo, a discricionariedade existe em razão da incapacidade do legislador de antever todas as ocorrências fáticas na sociedade, razão pela qual autoriza o administrador público a exercitar juízos discricionários e opções discricionárias, dentro dos limites por ele estabelecidos. Afasta-se, portanto, a ideia de que há a concessão de uma liberdade total e ilimitada ao agente público na realização de certo ato administrativo, em que lhe foi conferida margem de apreciação subjetiva.²

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 426.



Trata-se, portanto, da possibilidade de exercício de liberdade, dentro das fronteiras da lei. Esta concede espaço vazio a ser preenchido na atividade hermenêutica pelo administrador público com suas perspectivas subjetivas próprias, com o propósito de integrá-la. Nessa perspectiva, a discricionariedade, então, permite que aflorem nuances particulares da mente do intérprete-administrador, no caso concreto, dentro do espaço concedido pela lei para tanto, revelando o fenômeno de integração da norma, para alcançar os fins colimados no ordenamento jurídico.³

O administrador público depara-se com a possibilidade de escolha dentre as opções elencadas pela lei, todas elas válidas e aplicáveis segundo os critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade. Porém, no que tange à competência, finalidade e forma, segundo posicionamento doutrinário majoritário, tem-se que são elementos do ato administrativo insuscetíveis de modificação pela via da discricionariedade. Sobreleva notar que os limites designados pela lei não podem ser extravasados para que não haja configuração de arbitrariedade. Por conseguinte, o juízo de conveniência se refere às condições que o agente administrativo, dotado da prerrogativa de valoração, será conduzido na execução do ato. Por outro lado, o juízo de oportunidade está relacionado ao momento de sua produção.⁴

De modo mais específico, a permissão legal para essa possibilidade de valoração subjetiva se desdobra em três possibilidades, quais sejam: 1) designação legal expressa sobre o exercício da discricionariedade; 2) lacuna legal em virtude da incapacidade do legislador de prever todas as ocorrências que podem sobrevir das relações sociais; 3) a lei indica a competência para a execução de ato administrativo, sem, contudo, pormenorizar a conduta do agente estatal, deixando brechas.⁵

³ Id. Ibidem. p. 426.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222.



Para Karl Engisch, a incidência da discricionariedade deve ser observada nas expressões legislativas dispostas no texto legal. O seu fundamento é que a atuação estatal, na aplicação do ordenamento jurídico (no exercício de suas atribuições judiciais e administrativas), é criativa, uma vez que os seus agentes são chamados a valorar autonomamente o seu conteúdo normativo, através de expressões legislativas que conferem liberdade ao intérprete. Não há, para ele, como haver sempre mero exercício de subsunção dos casos concretos a conceitos jurídicos fixos.⁶

É das expressões legislativas que se manifesta o abrandamento do vínculo entre a lei e seu intérprete, que emerge a discricionariedade, conferindo outras possibilidades de aplicação, pautadas na perspectiva do agente estatal. Destacam-se as seguintes: os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos e os conceitos discricionários.⁷

De acordo com Engisch, conceitos determinados não são frequentes nos ordenamentos jurídicos, e considera como tais os numéricos, aqueles que se referem a medidas e valores monetários. De outro lado, o conceito jurídico indeterminado, predominante no mundo jurídico, é aquele cujo conteúdo e extensão são em grande medida incertos. Os conceitos naturalísticos (como, por exemplo, “perigo” e “escuridão”) e os conceitos propriamente jurídicos (como, por exemplo, “crime”, “ato administrativo”) são indicados por Engisch como predominantemente indeterminados.⁸

No conceito jurídico indeterminado, identifica-se a presença de um núcleo conceitual quando há noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito. De outro lado, tem-se um halo conceitual quando as dúvidas a respeito do conceito surgem. Para exemplificar, Engisch cita que a circunstância do nascimento de uma criança, pode ensejar diferenças acerca da delimitação conceitual de “indivíduo” para o direito civil (em que momento inicia

⁶ Engisch, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 207.

⁷ Id. Ibidem. p. 207.

⁸ Id. Ibidem. p. 208.



a capacidade jurídica?) e direito penal (em que momento durante o nascimento passa a ser passível a ser vítima de homicídio?).⁹

Os conceitos jurídicos indeterminados, para Engisch, podem, então, ser conceitos normativos. Engisch identifica um binômio entre conceitos descritivos e conceitos normativos. Conceitos descritivos são aqueles que indicam descritivamente objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, que são perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer forma percepçionáveis: homem, morte, cópula, escuridão, vermelho, velocidade, intenção, entre outros. Ressalta, todavia, que há possibilidade de conceitos descritivos serem indeterminados, apesar da dicotomia referida e identificada *prima facie*. Conceitos normativos, por sua vez, possuem indeterminação num grau elevado, proporcionando insegurança e desvinculação na aplicação da lei.¹⁰

A partir de tal contraposição, o referido autor passa a analisar o que seriam os conceitos normativos *stricto sensu*, destacando apenas dois significados, em que pese a diversidade de opiniões a esse respeito. O primeiro significado apresentado é: conceitos normativos são aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. O segundo significado apresentado é: conceitos normativos são aqueles que necessitam de valoração para ser aplicado. Denomina, então, tais conceitos como carecidos de um preenchimento normativo, ou seja, somente no caso concreto é que estes conceitos serão preenchidos com volume normativo.¹¹

A noção de discricionariedade para Engisch constitui o cerne dos conceitos indeterminados e normativos. A vaguidão semântica contida nos conceitos referidos, configura um afrouxamento da vinculação entre o intérprete e a lei, abrindo espaço para a

⁹ Id. Ibidem. p. 209.

¹⁰ Id. Ibidem. p. 210 e 211.

¹¹ Id. Ibidem. p. 212 e 213.



valoração pessoal na aplicação de normas.¹² Outrossim, a conceituação de discricionariedade, agrega conceitos indeterminados, normativos e a possibilidade de escolha do aplicador da lei.

Assim, Engisch aduz, mencionando Rudolf Laun, que, quando um poder discricionário é conferido aos órgãos do poder executivo, eles devem agir conforme seu ponto de vista e vontade, ressalvado o respeito aos deveres do cargo e o fim imediato de sua atuação. Engisch informa, ainda, que, segundo Laun, a discricionariedade está presente na ocasião em que a autoridade tem o poder de escolher entre duas possibilidades que, embora sejam opostas, estão em consonância com o direito.¹³

Ademais, Engisch complementa, referindo-se ao pensamento de Forsthoff: o poder discricionário implica a existência de um espaço de liberdade para ação e para resolução que envolve a eleição da conduta dentre as várias possibilidades. A particularidade contida nos conceitos discricionários para Engisch, com efeito, consiste justamente no conteúdo intrínseco do critério possibilidade de escolha, que é a possibilidade jurídica: é o direito, muitas vezes a própria lei, que em seu mandamento permite que uma escolha seja feita.¹⁴

Essa possibilidade jurídica advém por força de lei, e se trata de uma delegação de competência feita pelo próprio legislador para o agente administrativo e ao juiz, pois a decisão a ser tomada somente poderá ser feita mediante as considerações a respeito dos fatos e das circunstâncias próprias do caso concreto. O conceito de discricionariedade vinculada é citada nesse contexto por Engisch:

“Aqui podemos também lançar mão do conceito evanescente de discricionariedade vinculada e dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício de poder de escolha deve ir

¹² Id. Ibidem. p. 214.

¹³ Id. Ibidem. p. 216.

¹⁴ Id. Ibidem. p. 219.



endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto. A incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão justa seria então um mal que se tem de aceitar. Trata-se aqui de um espaço residual (portanto, de um espaço livre - restringido) da subjectividade na apreciação do justo que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstancias e que não pode ser totalmente eliminado”¹⁵

A partir das relações feitas por Engisch, chega-se à conclusão de que o fidedigno poder discricionário é outorgado pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (no sentido de correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de um indivíduo, ou seja, à concepção individual da personalidade chamada a decidir. Tudo isso não somente porque foi inexequível resolver a questão em concreto, eliminando todo resto de insegurança, e sim também porque a melhor solução a ser atingida será aquela proferida por alguém consciente da responsabilidade que é fazer prevalecer o seu ponto de vista, dentro de um campo de determinados limites. Ponto de vista este que constituirá o critério juridicamente justo ou correto.

O poder discricionário conduz o indivíduo responsável a decidir em consonância com os deveres do cargo, para, desse modo, determinar o objetivo imediato de sua ação, agindo de acordo com seu modo de pensar, mas sem fazer uso de critérios impertinentes. O resultado chegado por Engisch, a respeito da discricionariedade, é que se trata de um

¹⁵ Id. Ibidem. p. 220.



problema hermenêutico identificar onde e com que latitude a discricionariedade existe em determinado preceito normativo.¹⁶

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, DISCRICIONARIEDADE E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

No tocante à implementação dos direitos humanos, e, mais especificamente, os direitos sociais, há que se considerar o seu conteúdo e os eventos que consubstanciaram a sua afirmação histórica. O agrupamento de tais direitos em dimensões é considerado pela doutrina uma iniciativa de cunho didático-pedagógico, e que não visa a ideia de que a anterior superaria a posterior.

Ao contrário, o uso do termo “dimensões” é mais adequado por passar a noção de coexistência entre os direitos humanos. Por outro lado, a expressão “gerações de direitos humanos” encontra-se vinculada aos momentos da história em que o advento deles adquiriu importância simbólica maior.

Todavia, essa forma de compreender os direitos humanos foi superada, devido a interdependência entre eles e do seu conteúdo que é ao mesmo tempo prestacional e negativo. O que se busca dizer é: não faz sentido pensar o direito à vida (1ª dimensão) sem cogitar do direito à saúde (2ª dimensão). E esse raciocínio se aplica aos demais direitos como, por exemplo: o direito ao voto e o direito à educação.

O exercício dos direitos humanos por parte de cada titular deve ultrapassar as barreiras da mera formalidade para atingir substância, a fim de que se configure legítima realização e não apenas aparência de efetividade.

Tendo em vista essas interligações, vê-se que um ponto sensível a desenvolver - que envolve a implementação dos direitos sociais - é o exercício do direito à liberdade diante de privações socioeconômicas. A esse respeito, nota-se que a deficiência na prestação dos

¹⁶ Id. Ibidem. p. 221 e 222.



serviços públicos de saúde e educação encontra nítida relação com a privação da liberdade dos indivíduos. A violação à liberdade reside na negação do exercício de liberdades políticas e civis, de participação da vida social, política e econômica da comunidade.¹⁷

Então, o pensamento de que os direitos civis e políticos são os únicos que possuem a fundamentalidade que acarreta a exigência de cumprimento por parte do Estado não é aplicável, pois a efetividade desses direitos apenas se verifica quando a engrenagem das normas que dispõem sobre direitos humanos estiver em pleno funcionamento.

Amartya Sen, em sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, apresenta como eixo central que o alcance do desenvolvimento somente é possível mediante o exercício das liberdades substantivas. Sua tese gira em torno da ideia de que a liberdade consiste em meio e fim para o desenvolvimento. Por isso, alega que os níveis de desenvolvimento de uma sociedade avaliados somente a partir de um prisma econômico (produto interno bruto e renda per capita) não correspondem ao que se espera por progresso social.

O referido autor refere-se a cinco espécies de liberdade que designa como “liberdades instrumentais”, as quais conduzem à liberdade global, que consiste na possibilidade de as pessoas viverem do modo como gostariam: as liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.¹⁸

As liberdades políticas envolvem o exercício dos direitos civis e políticos, que se expressam no direito de escolha dos componentes dos poderes executivo e legislativo, exercício da crítica a esses mandatos, diálogo político e direito de participação da vida política de uma forma geral. As facilidades econômicas guardam relação com as circunstâncias propícias ao uso dos recursos econômicos disponíveis com objetivo de consumo, produção e troca.

¹⁷ Sen, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 17.

¹⁸ Id. Ibidem. p. 58.



As oportunidades sociais têm correspondência com o acesso a bens e serviços que conduzem as pessoas a um modo de vida mais saudável e de melhor qualidade, assim como possibilitam a participação em atividades econômicas e políticas.

As garantias de transparência asseguram o exercício da liberdade nas relações sociais, pois estas ocorrem mediante depósito de confiança recíproca. Por fim, tem-se a segurança protetora, que são medidas a serem tomadas na ocasião de surgimento de acontecimentos que propiciem uma condição de vulnerabilidade e privação à pessoa, com o objetivo de impedir condições de sobrevivência de extrema pobreza e miséria. Como exemplo, a concessão de benefícios aos desempregados.

Com efeito, o executor das políticas públicas de implementação dos direitos sociais, seja em sede administrativa ou sede de controle judicial quando já designadas normativamente, deve ter em vista que elas têm como meta suprir privações socioeconômicas. E que tal suprimento serve de condutor ao exercício das liberdades instrumentais, que é o que indica o alcance do desenvolvimento.

Portanto, a afirmação histórica dos direitos humanos amplia o conteúdo jurídico da dignidade humana, levando à busca por formas de concretização destes, e, em especial, os direitos sociais, uma vez que estes constituem-se de natureza preponderantemente positiva, requerendo atuação constante do aparelho estatal através de instituições, políticas públicas, planos de governo, dentre outros instrumentos.

Com o objetivo de formular um conceito de políticas públicas para efetivação dos direitos humanos, Maria Paula Dallari Bucci desenvolveu diversos estudos acerca deste tema, levantando questionamentos e enumerando fundamentos para a justificar a importância e necessidade de o direito inserir-se na seara das políticas públicas.

O presente artigo não pretende esgotar o referido assunto, por razões evidentes, e sim trazer alguns dos elementos teóricos como forma de fomentar a reflexão sobre o tema,



tendo em vista a necessidade de que o gozo dos direitos sociais componha o cotidiano de todos os brasileiros.

Primeiramente, saliente-se que o diálogo entre a ciência política e o direito, no que tange ao tema das políticas públicas, decorre de um processo de interdisciplinaridade ao qual o direito tem se proposto, com a superação de uma visão positivista do ordenamento jurídico. Com o processo de redemocratização do Brasil em 1988, a Constituição deixou de ser apenas um documento político, agregando normatividade aos seus dispositivos para a realização dos direitos nela elencados. A Carta Constitucional passou a ser encarada como um instrumento de busca por melhorias sociais através do exercício de direitos fundamentais. Nisto, resulta o maior benefício em agregar as políticas públicas no âmbito jurídico.¹⁹

Desse modo, Maria Paula Dallari Bucci busca a construção de uma teoria jurídica das políticas públicas a partir da compreensão da instituição jurídica governo, e analisa as formas e níveis de ação governamental. O seu objetivo é compreender a relação entre governo, política e direito, considerando que a política se constitui de força originária que se consubstancia nas institucionalizações promovidas pelo direito.

Com efeito, segundo a referida autora, o fenômeno governamental possui três planos a saber: 1) o plano macroinstitucional, que é o próprio governo; 2) plano mesoinstitucional, intermediário, que são as ações governamentais analisadas em unidades maiores, analisadas a partir dos arranjos institucionais; 3) plano microinstitucional, unidade de ação do governo.²⁰ Pois, para a referida autora, política pública consiste em programa de ação governamental e a política atua através de expressões jurídico-institucionais.

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari et all. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. p. 7 e 9.

²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.



A proximidade entre o direito e a ciência política nos Estados Unidos se expressa na ideia desenvolvida por William Clune, mencionado por Maria Paula Dallari Bucci, de que todo direito é política pública; e que aí reside a vontade coletiva da sociedade consignada na obrigatoriedade de normas jurídicas. O inverso também se aplica: toda política pública é direito.²¹

Com efeito, tem-se o sistema jurídico desenvolvido pelo norte americano Dworkin, na obra *Levando os direitos a sério*, que se baseia na existência de três elementos no ordenamento jurídico: princípios, regras e as policies (padrões normativos). A conduta do Estado e da comunidade é regida por esses componentes.

Para a construção do conceito de política pública, Dworkin considera os seguintes pressupostos: 1) há uma instituição (comunidade política) que cria padrões normativos; e 2) há o estabelecimento de metas (e das formas para alcançá-las). Desse modo, para Dworkin, políticas públicas são padrões normativos que estabelecem objetivos a serem alcançados, os quais se referem ao progresso socioeconômico e político de uma sociedade. Os referidos objetivos podem se referir apenas à manutenção de uma determinada condição social conquistada, requerendo uma conduta negativa por parte do Estado.²²

Assim sendo, a via democrática de participação da comunidade política na construção das políticas públicas (padrões normativos), assegura a execução de mecanismos de controle e fiscalização de sua execução. É a normatividade do conceito de política pública que legitima a participação da comunidade política na sua elaboração.²³

No contexto da Constituição de 1988, a partir das concepções de Dworkin, tem-se um elenco de padrões normativos criados pela comunidade através do pacto constituinte, que expressam como as atividades estatais devem ser empreendidas e quais são os objetivos e metas do agente estatal.

²¹ Op. Cit. p. 6.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. p. 36 e 37.

²³ DWORKIN, *loc. cit.*



Neste tópico, propõe-se, ainda, aprofundar as seguintes indagações: 1- em que medida a discricionariedade pode ser exercida pelo juiz em decisões cujo objeto seja a efetivação de um direito social; 2 - se o juiz pode interferir na discricionariedade administrativa para impor medidas de proteção dos direitos sociais; 3 - em que medida a discricionariedade é utilizada pelo Administrador Público na implementação de políticas públicas em proteção aos direitos sociais.²⁴

Para desenvolver esse estudo, serão utilizadas as concepções apresentadas por Engisch sobre conceitos indeterminados, normativos e discricionários, relacionando-as com os preceitos normativos constitucionais sobre os direitos sociais.

Destaque-se, inicialmente, que os atos da administração que têm como objetivo a implementação de políticas públicas se subordinam ao princípio da legalidade e da legitimidade (interesse público), assim como qualquer outro ato administrativo. O segundo ponto é que a Constituição estabelece em seu corpo a implementação das políticas públicas da ordem social, subordinando os poderes do Estado a esses ditames, em respeito a supremacia da Constituição.²⁵

Ressalte-se, ainda, que aqui se abordará o uso da discricionariedade nas decisões administrativas e judiciais a respeito dos direitos sociais a partir do fundamento de que cabe ao Estado adotar os direitos fundamentais como manual de atuação e aplicação de normas, aludindo à sua perspectiva jurídico-objetiva.²⁶

²⁴ Entenda-se aqui como Administrador Público tanto os membros do Poder Executivo como os do Poder Legislativo.

²⁵ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 91.

²⁶ Os direitos originários a prestações ou direito de participação dos indivíduos frente ao Estado, dever de proteção do Estado das liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais, (esta interpretação vale para o campo das relações privadas - eficácia contra terceiros - bem como para a ordem social), e os deveres de atuação estatal, se referem à compreensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais (Grimm, Dieter. **Constitutionalism and derechos fundamentales**. Madri. Ed Trotta, 2006. p. 155 e 156).



A função desempenhada pela Constituição, num contexto de Estado Social e Democrático de Direito, é o de tornar real o exercício dos direitos fundamentais, na perspectiva de uma jurisdição constitucional. Significa dizer, que o núcleo político fundamental contido na Constituição deve se sobrepôr em detrimento de quaisquer outras manifestações de vontades políticas, na esfera de atuação dos três poderes do Estado, em respeito à sua supremacia perante toda e qualquer atividade estatal.²⁷ Dito de outro modo, a independência dos poderes do Estado se refere ao exercício de suas atribuições típicas e atípicas, cuja execução está subordinada aos preceitos normativos da Carta Constitucional.²⁸ A respeito dos objetivos traçados pela Constituição, Comparato:

“Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para os detentores de poder econômico e social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as *Zielnormen* dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas –, já não pode ser posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica.”²⁹

O item 1 que se ocupa em investigar em que medida a discricionariedade pode ser exercida pelo juiz em decisões cujo objeto seja a efetivação de um direito social, pode ser traduzido pela seguinte pergunta: juiz é alguém sem vontade?

²⁷ Streck, Lênio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 2ª ed. p. 110 e 111.

²⁸ Id. Ibidem. p. 104.

²⁹ Comparato, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997, p. 19.



Não. No desempenho de suas tarefas jurisdicionais, o juiz encontra-se adstrito à decisão política fundamental expressa na Constituição, devendo atender aos objetivos determinados no pacto constituinte, sendo um condutor de efetivação de seu conteúdo normativo. Destarte, a vontade do juiz deve ser a mesma vontade que emana do conteúdo da norma constitucional, de onde se depreende que são legítimas as decisões que impõe medida de proteção a um direito social, uma vez que o judiciário atua em conjunto com os outros poderes na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

O item 2 se ocupa em verificar se o Poder Judiciário pode imiscuir-se no âmbito da discricionariedade administrativa para determinar, no exercício da atividade jurisdicional, a implementação de medidas de proteção aos direitos sociais. Quando se leva em conta o trabalho conjunto dos poderes do Estado em efetivar direitos fundamentais outorgado pela Constituição, já é possível responder a referida indagação positivamente.

Porém, necessário se faz aprofundar o tema. Primeiramente, a Carta Magna de 1988 formalizou a constitucionalização de políticas públicas, vinculando, desse modo, os planos de governo e o modo de atuação do gestor político, limitando o espaço ideológico a ser manifestado na administração da coisa pública, a partir desse elo com o eixo teórico firmado pelo poder constituinte. Cumpre, então, mensurar a esfera de atuação dos agentes públicos no exercício da discricionariedade diante do plano constitucional traçado em 1988.

Para Frischeisen, o cumprimento dos dispositivos constitucionais, que cuidam das políticas públicas voltadas para os direitos sociais, por parte do agente administrativo, ocorre por meio da concretização de atos vinculados e não de atos discricionários. Pois, o administrador público não tem discricionariedade para decidir sobre a oportunidade e a conveniência em executar as políticas públicas já descritas constitucionalmente.³⁰

³⁰ FRISCHEISEN, Lúiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 91 p. 94 e 95.



Desse modo, não há que se falar em ingerência indevida do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa, uma vez que a Constituição não confere possibilidade de escolha em implementar ou não os direitos sociais.

Respondendo o item 2, quando o juiz profere decisão que determina a implementação de um direito social, ele não está adentrando no espaço da discricionariedade administrativa, pois não há exercício de discricionariedade administrativa para decidir se o Estado vai ou não proteger a ameaça ou lesão aos direitos em questão.

Quanto ao item 3, que busca identificar a medida da discricionariedade na implementação de políticas públicas de proteção aos direitos sociais, evidencie-se que, segundo José Cláudio de Brito Filho, a discricionariedade na efetivação de direitos sociais se limita a fixar as suas condições de exercício, excluindo-se a opção de o Estado não prover tais direitos. E que o campo da discricionariedade reservada ao Estado não tem o condão de cercear a exigência de qualquer direito social, ainda que o fundamento seja puramente constitucional, apenas devendo ser demonstrado que os projetos e programas não atendem as necessidades pleiteadas.³¹

3 DISCRICIONARIEDADE E O ARTIGO 208 DA CR/88.

Valendo-se do conceito de discricionariedade elucidado por Engisch, que consiste no uso de uma convicção pessoal para definir qual opção de conduta frente a uma lide (em se tratando da atividade jurisdicional) ou a uma decisão administrativa (gestor público), e que a hermenêutica jurídica é quem delimitará em que grau a discricionariedade existe, questiona-se: os direitos sociais pertencem ao domínio da discricionariedade?

³¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder Judiciário.** *Revista do TRT da 8ª Região – Suplemento Especial Comemorativo*, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, Jul./Dez./2008.



Este problema hermenêutico se refere tanto às demandas judiciais em que indivíduos pleiteiam a tutela dos direitos sociais como às atividades do Administrador Público quando decide suas políticas.

A constitucionalização das políticas públicas de direito à educação, encontram-se positivadas no Título VIII, Capítulo III, seção I, compreendendo os artigos 205 a 214 da Carta de 1988. Sendo assim, observe-se o que diz o artigo 208, inciso VII, da Constituição no que concerne ao direito à educação:

“O **dever** do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).”

Identifica-se que o artigo 208 se refere às políticas públicas quando se lê este dispositivo são o termo “efetivado” e “garantia”, pois a realização do direito social à educação se dá também mediante obrigações positivas por parte do Estado, como por exemplo por meio de fornecimento de transporte escolar, por exemplo.

O dispositivo se refere, ainda, ao “dever do Estado com a educação”, nesse ponto, questiona-se: há como inserir o conceito de discricionariedade preconizado por Engisch dentro desse mandamento?

Engisch afirma que o poder discricionário é direcionado aos órgãos do poder executivo, e que estes devem agir conforme seu ponto de vista e vontade (ressalvados os deveres do cargo e o fim imediato de sua atuação). Ademais, Engisch toma para si o entendimento de que o verdadeiro poder discricionário é outorgado pelo direito e pela lei



quando a decisão última sobre o justo cabe a um indivíduo e que correntemente o legislador deixa aberta margem de afrouxamento da lei.³² Não é o caso, porém.

O que se depreende do texto constitucional, é que não há autonomia do intérprete, diante do artigo 208, VII, em determinar conforme convicção pessoal se vai ou não efetivar e garantir o dever do Estado com a educação. O constituinte não delegou, nesse sentido, quaisquer poderes de opção. Isso indica que nesse caso, pelo raciocínio de Forsthoff, mencionado por Engisch, não há possibilidade jurídica do uso da discricionariedade.³³ Outrossim, o fornecimento de transporte como forma de assistir os educandos protegidos pela norma constitucional, assim como o rol de garantias insculpidas nos incisos do artigo 208, cuida-se de norma cujo conteúdo não se amolda às descrições acerca de conceitos jurídicos indeterminados. Observa-se a existência, portanto, de um núcleo conceitual na expressão “garantia”, uma vez que há noção clara de seu conteúdo, qual seja: proteção do direito à educação.

Nessa perspectiva teórica, o exercício da discricionariedade se exprime na opção por uma dentre duas possibilidades, que, apesar de contrárias, estão de acordo com o ordenamento jurídico. No que tange à implementação dos direitos sociais, existem duas alternativas: efetivar ou não. A sua não realização é medida que não encontra guarida no ordenamento jurídico e que, portanto, não pode ser proferida nem pelo juiz nem pelo gestor público.

Conforme a conclusão de Engisch, estabelecer onde e com que amplitude a discricionariedade existe em determinado preceito normativo, é uma questão de índole hermenêutica. O artigo 208 da CR/88 não possui expressões legislativas que designem o exercício de discricionariedade, como, por exemplo, “a critério de”. No que tange ao transporte escolar, a discricionariedade aplicar-se-ia na opção sobre o meio de transporte

³² Engisch, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 216.

³³ Id. Ibidem. p. 219.



mais adequado, o tipo de licitação a ser realizada para adquirir os veículos (conforme o caso), a estipulação de horários de transporte, mas nunca seria aplicada sobre a possibilidade ou não em fornecimento de transporte.

Com efeito, o dever do Estado com a educação não pode ser confundido com o uso da convicção pessoal de alguém para determinar se é melhor e justo efetivar as garantias elencadas nos incisos do artigo 208 da CR/88.

Não se identifica a presença de vaguidão semântica dos dispositivos constitucionais em comento que justifiquem o uso da discricionariedade como forma de o Estado se eximir da obrigação de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, os direitos sociais não pertencem ao domínio da discricionariedade, no que se relaciona à conveniência e à oportunidade em concretizar o que dispõe a Constituição. Os Poderes do Estado devem se submeter diretamente ao conteúdo e às normas da Constituição, devendo atuar sempre no esforço em alcançar os seus objetivos.

No Recurso Extraordinário n. 545.882/SP, o Estado de São Paulo pleiteou a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Apelação, que impôs obrigação de fazer à Administração Pública de fornecer transporte escolar aos estudantes de ensino médio, reconhecendo a estes o direito de acesso a esse nível de ensino, incluindo transporte gratuito.

Em análise ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário referido, em 27/10/2015, o Ministro Relator Gilmar Mendes, ao apreciar o recurso ratifica ser entendimento pacífico do STF que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição pelos órgãos inadimplentes.

Verifica-se que o STF fixou o entendimento sobre a matéria:

RE 603575 AgR / SC - SANTA CATARINA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento:



20/04/2010

Órgão Julgador: Segunda Turma. Ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.



No que se refere à atuação do Poder Executivo, a elaboração dos planos de governo devem contemplar a realização do programa de políticas públicas contidas na Constituição, com ênfase na ideia de concretização dos direitos fundamentais nela previstos e não em ideologias político-partidárias. Tal perspectiva coloca a discricionariedade administrativa em seu devido lugar, devendo ser exercida dentro dos parâmetros constitucionais.

CONCLUSÃO

Então, existe algum sentido da discricionariedade que deve ser atribuído ao Administrador Público e ao juiz quanto à implementação dos direitos sociais?

O conceito de discricionariedade desenvolvido por Engisch considera que a dúvida sobre o conteúdo e a extensão de determinada expressão normativa que revela um conceito jurídico indeterminado deve ser significativa. Não se trata de mera incerteza quanto à semântica de palavras que não são alvo de objeção majoritária entre os intérpretes do direito. Espera-se um fenômeno coletivo de busca do real sentido da norma, uma vez que esta se encontre carregada de expressões vagas e carentes de um agir hermenêutico. Sobre esse aspecto, ponderou José dos Santos Carvalho Filho³⁴ que:

“Incertezas simplórias podem afetar a visão interpretativa de um exegeta menos perspicaz, de modo que elas podem surgir em normas que, numa visão da maioria, parecem absolutamente precisas. A

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O Controle Judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados*. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n.º 54, 2001, p. 110.



incerteza, porém, que atinge o conceito jurídico indeterminado, é aquela que admite diversidade de valoração até mesmo no espírito dos intérpretes de maior acuidade”.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que os conceitos jurídicos indeterminados não encontram identificação com dispositivos constitucionais que tratam sobre os direitos sociais. Os exemplos mais apontados pela doutrina³⁵ de expressões que geram considerável dúvida no intérprete são: “ordem pública”, “bons costumes”, “urgência”, “dignidade”, “boa-fé”, dentre outras.

Sobre este aspecto, José dos Santos Carvalho Filho menciona, ainda, um exemplo verídico em que um casal adepto ao naturalismo foi autuado em flagrante pela suposta prática de contravenção penal, cujo bem jurídico protegido são os “bons costumes”. Houve divergência quanto à tipificação penal ou não da conduta do casal, polêmicas nas diversas camadas sociais acerca de que seria pudor público, e de qual seria o padrão moral da sociedade, entre outros questionamentos. Tudo isso em razão de envolver um conceito jurídico indeterminado na questão.

Quando o legislador dispôs que o dever do Estado será efetivado mediante o cumprimento das garantias elencadas nos incisos do artigo 208 da CR/88, não é possível identificar a presença de conceitos jurídicos indeterminados. Pelo contrário, o texto faz referência às garantias fundamentais que, segundo André de Carvalho Ramos, são “previsões normativas que asseguram a existência desses direitos propriamente ditos”.

A margem de discricionariedade da administração no cumprimento da ordem constitucional se limita a estabelecer a melhor forma de alcançar a finalidade do texto constitucional e a execução das políticas públicas de implementação dos direitos sociais nele consubstanciadas. Ou seja, a discricionariedade é aplicada quanto aos instrumentos

³⁵ Id. Ibidem. p. 110.



que serão utilizados para propiciar o exercício dos direitos sociais e o alcance das finalidades constitucionais, verificáveis no caso concreto por evidentes razões.

Questionar a normatividade das disposições constitucionais sobre os direitos sociais através da linha argumentativa do exercício da discricionariedade estatal é apenas uma forma de justificar a deficiência na gestão do dinheiro público, na divisão dos gastos. O administrador encontra-se vinculado ao que se encontra disposto no ordenamento jurídico, e, em se tratando de norma constitucional, trata-se de mandamento supremo de inquestionável implementação. Ademais, em relação ao artigo 208 da CR/88, o constituinte facilitou o trabalho do gestor público enumerando o que este tem que viabilizar para a efetividade do direito à educação.

A consequência disso é que, diante da ineficiência na prestação, os direitos sociais podem ser exigidos judicialmente e o administrador deverá ser responsabilizado pela omissão.³⁶

As políticas públicas de implementação dos direitos sociais têm como objetivo acabar com as privações socioeconômicas, de modo que haja o exercício das liberdades instrumentais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

Analisar os dispositivos constitucionais como políticas públicas (padrões normativos) é um instrumento viável para promover a efetividade dos direitos sociais e o desenvolvimento, com expansão do exercício das liberdades instrumentais. Portanto, a perspectiva do hermenêuta deve ser sempre no sentido de ampliar e viabilizar a efetividade dos direitos sociais, e limitar o espaço de criatividade do agente estatal na implementação de políticas públicas, uma vez que a discricionariedade, por vezes, tem sido utilizada em desfavor dessa efetividade.

³⁶ FRISCHEISEN, Lúza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 114.



Por fim, na linha desenvolvida por Karl Engisch, não há que se referir a conceitos jurídicos indeterminados ou vaguidão semântica que dê espaço para incertezas que ponham em questão a normatividade e o sentido normativo das disposições constitucionais que dispõem sobre as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Com efeito, a fatia de liberdade pessoal conferida ao gestor público e ao juiz é restrita e não alcança a possibilidade de não realização dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BOAS, Maria Elisa Villas. **A judicialização do direito à saúde, o sistema único e o risco da dessensibilização do judiciário.** Brasília, Revista da Defensoria Pública da União/Defensoria Pública da União, n.8, (jan./dez. 2015), p. 157-184.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder Judiciário.** Revista do TRT da 8ª Região – Suplemento Especial Comemorativo, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, Jul./Dez./2008.

_____. **Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário.** Belém, *A Leitura / Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, n. 9, p. 136-146, nov./2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Políticas Públicas e Direito Administrativo.** Brasília, Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar./ 1997.



_____. et all. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *O Controle Judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados*. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n.º 54, 2001, p. 109-120.

COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madri, Ed Trotta, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 2ª ed.