

A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SEUS REFLEXOS CONCEITUAIS

Hector Cury Soares

“Pude verificar uma vez mais, meu caro amigo, nesta questão sem importância, que os mal-entendidos e a negligência causam no mundo muito mais equívocos do que a astúcia e a crueldade. Estas duas, pelo menos, são bem mais raras.”¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A constituição federal de 1988 estabeleceu no art. 3º as traves à realização das políticas públicas no Brasil. Com isso, impossibilitou que as políticas públicas, por ventura, fossem confundidas com política partidária. Em outras palavras estabeleceu um espaço de conformação ao processo de elaboração das políticas públicas, não ficando, de outro modo, ao simples alvedrio do legislativo, do executivo ou do judiciário. De igual maneira, tal leitura representa que essa conformação não fica exclusivamente a cargo do poder executivo, na realização das chamadas diretrizes².

¹ GOETHE, Johann Wolfgang. **Os sofrimentos do jovem Werther**. Tradução de Leonardo César Lack, São Paulo: Abril Cultural, 2010. p. 14.

² Essa visão é apresentada pelo Prof. Eros Roberto Grau, com base em sua leitura de Ronald Dworkin, bem como, da análise da diferença que Dworkin faz entre *Policies* e *Principles*. Grau trata as *Policies* como *diretrizes*, ou melhor, norma-fim (Canotilho), norma-objetivo e, em alguns aspectos, salienta a proximidade entre o que chama de *diretriz* e princípios. Ao tratar do tema diz “ Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a *implementação de políticas públicas*, políticas referidas a fins múltiplos e específicos.” (grifo no original) GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133. Também: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed., São Paulo:

Para que se realize essa análise, todavia, é preciso compreender o conceito de políticas públicas e, para tanto, espousa-se da leitura realizada por Ronald Dworkin (1999; 1977), na sua distinção entre *policies* (políticas públicas) e *principles* (princípios), a qual foi, de certa forma, solapada, na medida em que as releituras da obra do autor deram novo sentido aos termos utilizados, em função de confusões como governo e administração, ou mesmo, confundir as *policies* com *normas-objetivo*, *normas-fim*. Diante disso, autoriza-se elucubrações que dêem às políticas públicas um espaço de livre escolha ao governo³.

Em primeiro lugar, isso representaria dizer que a cada mudança, sob a ótica política, o processo da formação à execução das políticas públicas ficaria adstrito à política do partido que assumisse a condição de governo. Em segundo lugar, não bastasse a livre escolha, tal conceito deixa de explorar a ideia de que, para esse processo, é preciso não somente do executivo, mas do judiciário e do legislativo. Novamente, a ênfase ficaria nas escolhas políticas do governo, em face do quadro normativo proposto pela Constituição Federal (KELSEN, 2006)⁴.

Portanto, explorar o conceito de políticas públicas e sua conformação constitucional é fundamental para se compreender os reflexos jurídicos das políticas públicas, dando um balizador jurídico

Malheiros, 2008. p.156. Em que pesa a pertinência científica da leitura da distinção de Dworkin seja objeto de capítulo específico, recomenda-se a leitura da edição em inglês: DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: DWORKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Londres: Oxford Press, 1977. p. 43-44. Esse artigo que compõe parte do livro *Taking Rights Seriously* equivale ao capítulo *The model of rules*. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impressão, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p.22. Na edição espanhola, *policy* é traduzida por diretriz política ou, simplesmente, diretriz em função da confusão com o termo *políticas* (em castelhano), sendo objeto de uma nota do tradutor, na página 72. A despeito dessa consideração, a tradução aproxima-se do sentido dado por Eros Roberto Grau ao termo *policy*. DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. 2ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1995. p. 72.

³ Ver nota n.º 3.

⁴ A aplicação do Direito como moldura dentro da qual há várias possibilidades. Sentido inicial explorado, mas que deverá ser desenvolvido, também, em consonância justificabilidade dessas respostas, com base em Robert Alexy. Porém, a título de notas iniciais parece mais adequado não desenvolver, aqui, tais distinções. Hans Kelsen explora, no Capítulo VIII, do seu Teoria Pura do Direito a aplicação do Direito e coloca a aplicação o Direito como um quadro normativo no qual o intérprete terá uma gama de respostas possíveis. No entanto, o Direito é a moldura desse quadro, não tendo uma livre escolha na aplicação. Sua escolha estará vinculada ao quadro normativo.

à questão, retirando do escopo, meramente, político do debate. É de posse disso que se possibilita ampliar o tratamento jurídico-administrativo dado às políticas públicas até então e, da mesma forma, falar em limites ao controle realizado pelo Poder Judiciário, o qual tem fornecido as mais diversas respostas.

Por conseguinte, propõe-se, num primeiro capítulo, explorar as questões atinentes ao conceito de políticas públicas. Após isso, relacioná-las ao tratamento dado na esfera do Direito Administrativo. Por fim, demonstrar que esse redimensionamento conceitual influi diretamente nas limitações ao Poder Judiciário, quando o tema é controle de políticas públicas.

1 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O ponto de partida adotado para a compreensão do conceito de políticas públicas é a distinção realizada por Ronald Dworkin entre *principle* (princípio) e *policy* (políticas públicas). No seu *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977), ao tratar do modelo de regras I (*model of rules I*) abre sub-capítulo destinado à distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Parte de um ataque ao positivismo, utilizando a versão de Hart como alvo, quando um alvo particular é requerido, aduz que quando há uma disputa, a qual envolva os advogados, em relação a questões ligadas a direitos e obrigações, principalmente em se tratando de casos difíceis, porque os problemas conceituais ligados às regras tornam-se mais expostos. Por sua vez, faz-se uso, diante dessa dificuldade, de *standards* que não funcionem como regra. Diante disso, surgem os princípios, as políticas públicas e outros tipos de *standards*. Se o argumento utilizado fosse positivista, ficaria circunscrito a um modelo de e para um sistema de regras e a própria noção de apenas um teste para as forças do Direito, forçaria com que se perdesse a importância do estudo do papel de outros *standards* que não fossem regras.

Ao fazer essa consideração, em relação a Herbert Hart, Dworkin ataca a proposta de Hart por uma teoria descritiva da lei, capaz de identificar critérios quais digam as regras e princípios são lei, tendo como fundamento a sua preocupação, a segurança jurídica (HART, 1961). A tripartição proposta por Dworkin coloca em xeque

a sustentação do modelo proposto por Hart, tendo em vista que a teoria normativa de Dworkin não apenas descreve a lei, mas propõe a sua justificação moral. Para Hart há dois principais dispositivos utilizados à comunicação desses *standards* de conduta: a legislação e o precedente (HART, 1961). Para além do simples formalismo, propõe a regra de reconhecimento (*rule of recognition*) como o critério de validade das outras regras do sistema, como uma forma de resposta ao critério do poder legislativo soberano como sendo legalmente ilimitado (HART, 1961).

A regra de reconhecimento existe como uma complexa e concordante prática dos tribunais, funcionários e pessoas privadas que identificam o direito com base nessa referência (HART, 1961). Podendo ser a regra de reconhecimento vista sob dois aspectos o primeiro na afirmação externa que a regra existe com base na própria prática do sistema, o segundo na afirmação interna de validade feita por aqueles que *a usam* ao identificar o direito (HART, 1961), ela não pode ser ela mesma válida.

Esse teste proposto por Hart deixa em aberto questões ligadas aos princípios, mesmo com apoio em atos oficiais, os princípios não possuem sustentação suficiente para que possam passar pelo teste. Esse teste, da regra suprema de reconhecimento, serve para identificar quais regras são jurídicas e quais não. Desta forma se aceita a doutrina do poder discricionário do juiz sem uma limitação, no caso de lacunas que proviriam da própria indeterminação dessa regra. Essa consubstanciada na moral não pode, todavia, ser confundida com o Direito natural, pois trata-se de uma moral convencional e ideais de grupos particulares (HART, 1961)⁵.

Em função disso, surge a proposta de Dworkin, em que apresenta, no modelo de regras I (*The model of rules I*), as distinções entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Já nas primeiras linhas diz “I want to make a general

⁵ Para a melhor compreensão da perspectiva de Herbert Hart indica-se o Capítulo IX (*Laws and Morals*) do livro *The Concept of Law*. Também, HART, Herbert. Positivism and the separation of Law and morals. In: DWORKIN, Ronald. **The Philosophy of Law**. Londres: Oxford Press, 1977. p. 17-37. Importante lembrar que, no tocante a esse artigo de Hart há uma resposta do Professor Lon L. Fuller, FÜLLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law – A reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, n.º 71, vol. 4, p. 630-672, 1958.

attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart's version as a target, when a particular target is needed" (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977). Isso para que possamos ter uma ideia do contexto no qual são desenvolvidas as teorizações propostas por Dworkin.

Assim, propõe-se a utilização do termo princípio, genericamente, para se referir para todo grupo de *standars* de conduta os quais não se adequem dentre as regras. Entretanto, é possível ser mais preciso e estabelecer a distinção entre princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Uma *policy* é entendida, para Dworkin, como um tipo de *standard* que estabelece um objetivo a ser alcançado que, em geral representa um melhoramento com caracteres sociais ou econômico da comunidade. Princípio (*principle*), por sua vez, é um *standard* para ser observado, não porque sua observância represente um avanço ou a segurança de uma situação política, social ou econômica desejada, mas por ser uma requisição de justiça ou equidade ou outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977).

Ronald Dworkin utiliza o seguinte exemplo "the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong is a principle" (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977). Contudo, conforme aponta o próprio autor (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977), essa distinção pode ser posta em xeque se for colocado como base de um princípio um objetivo social, ou mesmo, colocando como base de uma política pública um princípio. Por isso, propõe a imediata distinção dos princípios, em um sentido comum, das regras. A diferença entre os princípios e regras, em Dworkin, é uma distinção lógica, pois ambos estabelecem *standards* para decisões particulares sobre uma obrigação legal em determinadas circunstâncias, contudo sua distinção é no caractere de direção que eles dão. O âmbito de aplicação da regra é o tudo ou nada (*all-or-nothing*), porque uma regra que estabelece "se A deve ser B" não pode ser válida, sob o ponto de vista lógico, com outra regra que estabeleça "se A não deve ser B" (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1995; DWORKIN, 1977). Também, ou uma regra estipulada será adequada para os fatos dados ou não será, pois "then rule is valid, wich case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in wich cases contributes nothing to the

decision” (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977). Para ilustrar, Dworkin utiliza o exemplo do batedor do *baseball* e a regra que estipula que se o batedor tiver três *strikes* (não rebater a bola dentro da área determinada) estará fora do jogo, não podendo o árbitro descumprir tal regra, caso o rebatedor sofra três *strikes* (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977).

Importando esse modelo das regras do jogo *baseball* para as regras do direito, resulta evidenciado como se dá o esquema de tudo ou nada na aplicação das regras, embora dentro dessas regras possam existir algumas exceções. Contudo, essas exceções não podem ser confundidas com os princípios, não é desta forma que os princípios funcionam. Dizemos que nosso direito respeita o princípio de que ninguém possa tirar proveito de seu próprio erro, mas não se quer dizer, todavia, que a lei nunca permite que um homem nunca se beneficie das injustiças. Segundo Dworkin, o usucapião é a prova que se pode utilizar seu próprio erro (delito) para se beneficiar (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977). Princípios têm uma dimensão que as normas não possuem, qual seja uma dimensão de peso ou importância. Para compreender, basta pensar em uma política pública (*policy*) que entre em conflito com algum princípio (*principle*) (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977), um tem que levar em conto o peso relativo do outro, claro que esse redimensionamento dessa interseção nunca será exato.

O julgamento se determinado princípio ou política pública é mais importante será controverso. No entanto, não se pode olvidar que a dimensão de peso é parte intrínseca do conceito de princípio. Aqui é possível perceber uma aproximação entre o conceito de princípio e o conceito de políticas públicas, em Dworkin, com dito pelo autor se trata de uma distinção genérica entre princípios e regras, mesmo porque há proximidade entre os princípios e as políticas públicas.

Por outro lado, as regras não possuem essa dimensão de peso, funcionando como um tudo ou nada (*all or nothing*). Pode-se afirmar que uma regra é mais importante que outra pelo reflexo que seu cumprimento tem dentro de determinada organização social como fator regulador de comportamentos. Contudo essa afirmação perder o sentido, ou melhor, não pode ser repetida a afirmação que uma regra é mais importante que outra dentro de um sistema legal,

em havendo um conflito de regras, uma regra substitui a outra (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977). Num conflito de regras uma não poderá ser válida, até levando em consideração a estrutura lógica do direito, como uma formalização da linguagem do direito no campo da lógica, ou seja, por meio de proposições lógicas não poderiam coexistir duas regras em conflito (VILANOVA, 2003)⁶. Nem sempre essa distinção será clara, em muitos casos dependerá como o *standard* opera e como esse problema pode ser focado na controvérsia.

O papel desempenhado por um princípio e por uma regra poderá ser o mesmo, sendo que a diferença entre eles poderá ser um problema de forma. Dworkin (1999;1977) pondera que a utilização de termos como razoável, negligente, injusto e significativo, faz com que a aplicação da norma dependa, até certo ponto, dos princípios e das políticas públicas que transcendam essa norma. Em verdade, na norma pode haver, como base, um princípio ou uma política pública, no entanto, isso não converte totalmente a norma em um princípio. Pois, por menos restrito que seja desses termos, trata-se, ainda, de uma limitação de outros princípios e de outras políticas públicas das quais depende a norma. Quando um termo desses aparece em uma regra isto significa a exigência do exercício do juízo que se os termos houvessem sido omitidos (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977).

Por outro lado, no caso dos termos estarem presentes em uma política pública ou em um princípio, seu cumprimento pode ser imposto sem que seja considerado uma violação ao direito. Dworkin (1999; 1977) ilustra com o exemplo de uma decisão da Suprema Corte norte-americana sobre uma disposição, que anula todo o contrato que

⁶ Cabe se basear na arguta lição de Lourival Vilanova: “O dever ser é uma partícula operatória vinculada a um universo especificado de objetos: o universo das normas ou da linguagem como expressão das normas. É incontável o número de normas jurídicas que se oferecem à experiência, variando no tempo e no espaço, por seu conteúdo, pela fonte de onde provêm, pelo grau de validade, pela pertinência aos sistemas positivos etc. É da linguagem do direito positivo que se obtém a estrutura reduzida ao formal. Quando formulamos a proposição ‘se A é B, então C deve ser D’ (para tomar letras como variáveis referentes a fatos – pressupostos – de cuja verificação depende a relação deôntica ‘A deve ser B’, a relação intersubjetiva ou de sujeitos entre os quais se verificam ações), esta proposição não é de nenhum domínio ou subdomínio do direito positivo. Nem do direito privado, nem do direito público encontramos semelhante proposição que nada diz especificamente de um fato, de nenhum sujeito-de-direito e de nenhuma ação ou condutas concretas. **É uma proposição lógica, não uma regra de direito positivo; é uma simples estrutura sintática, não um preceito ou uma norma para a ação.**” (grifo nosso). A estruturação da regra cinge-se a lógica, é vazia de conteúdo.

restringe o comércio, ser tratada como regra em todos os seus termos ou como um princípio. A disposição legal foi tratada, pela Suprema Corte, como uma regra, entretanto, essa regra foi tratada levando em consideração que continha a palavra irrazoável e, portanto, proibia somente as restrições irrazoáveis. Desta maneira, o dispositivo legal funcionaria como uma regra logicamente, isto é, uma vez comprovada a irrazoabilidade da restrição ao comércio pelo contrato, é obrigatória a declaração de não validade do contrato. Por outro lado, substancialmente poderia ser tratada como um princípio, ou seja, um tribunal deve ter em conta uma série de princípios e políticas públicas para saber se uma restrição é irrazoável ou não. Da mesma maneira, percebe-se que na base de uma regra é possível existir um princípio e, destarte, o conflito que há é entre um princípio e o princípio na base dessa regra, e não entre um princípio e uma regra.

Assim, pode-se perceber a distinção entre as regras e os princípios, bem como das políticas públicas. Diferentemente das regras os princípios e, também, as políticas públicas possuem uma dimensão de peso. As regras, por sua vez, não existem antes da decisão do caso. O julgador chega à regra por meio da ponderação, por meio dos argumentos expostos pelas partes. Não se pode analisar apenas uma face, deverá ser analisado o todo, pois ao considerar o todo o juiz verificará qual argumento dará mais peso, podendo um argumento ser refutado por outro de maior peso. Nesse contexto é que surge a distinção feita por Dworkin entre princípios, regras e políticas públicas.

O tratamento dado por Dworkin é de que uma política pública (*policy*) é um objetivo a ser alcançado pelo Estado do ponto de vista político, social e econômico, o qual represente um avanço nesses campos. Com isso, coloca a tarefa aos três poderes, com precedência do legislador para realizar as políticas públicas, não ficando restrita a uma política de determinado governo. Além disso, a política pública tem uma base normativa prevista no art. 3º, da Constituição Federal de 1988⁷. Eros Roberto Grau traduz como

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Disponível em

diretriz o termo *policy*, para ele não é possível verter diretamente *policy* para políticas públicas. Grau nomeia políticas públicas como “todas as atuações do Estado, cobrindo as formas de intervenção do poder público na vida social” (GRAU, 2008). Desta forma, com tal conceituação aberta, em que pese baseada em uma leitura errônea de Dworkin, a realização de políticas públicas ficaria ao alvedrio dos sabores de determinada política partidária, sentido, com visto, inadequado às aspirações de Dworkin ao traçar a distinção entre princípios (*principles*), regras (*rules*) e políticas públicas (*policies*).

Ronald Dworkin aduz que os princípios e as políticas públicas vinculam os três poderes nas decisões ligadas aos direitos e obrigações (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977). É distinto do conceito amplo apresentado por Eros Grau, o qual permitiria aproximar uma política pública de uma política partidária. A política pública, enquanto objetivos sociais, econômicos e políticos a serem atingidos, por meio da concretização da Constituição Federal, implica na participação de todos os poderes estatais. Ao aproximarmos de uma política partidária, significa aproximar de uma decisão sem limitações do poder executivo, leitura inadequada da obra de Dworkin. O *standard* estabelecido por uma *policy* (política pública) provê às obrigações e deveres de um governo, o dever de reconhecê-los e aplicá-los, ao menos em princípio, seja por meio de políticas públicas ou por institutos habitualmente utilizados pelos tribunais (DWORKIN, 1999). Esse *standard*, portanto, não é só válido para o governo, mas para as três funções do poder.

Por outro lado, ainda é possível obter a seguinte leitura das políticas públicas em Ronald Dworkin: enquanto diretrizes, indo-se além e aproximando do conceito de norma-objetivo. Para, além disso, Grau (2008) utiliza a aproximação que Dworkin faz entre princípios e políticas públicas para reafirmar a pertinência de seu resultado. No entanto, como salientado anteriormente, Dworkin não abre mão de dizer que há uma proximidade entre *principles* e *policies* e que, para os fins traçados pelo artigo que trata do modelo de regras n.º I, trataria os princípios de forma genérica. Isso, no entanto, não exclui a distinção que, ao longo da obra *Levando os*

direitos a sério, Ronald Dworkin faz, as quais permitem aproximar as questões ligadas aos princípios à argumentação.

Da mesma forma, a conceitualização proposta por Eros Grau é repetida em outras obras que se ocupam de tratar da dimensão jurídica das políticas pública; seguindo a senda proposta por Eros Grau, Massa-Arzabe (2006) traduz a expressão *principle* por diretriz, a qual, em seu corpo, conteria uma meta a ser atingida pelo governo. Novamente, uma aproximação à política partidária do que ao proposto enquanto políticas públicas, ao menos, com base em Ronald Dworkin. Não se pretende excluir essas leituras, mas diante do referencial teórico oferecido, parecem inadequadas.

Entretanto, mesmo quando se adotam outros referenciais acerca das políticas públicas e do conceito de políticas públicas, ao menos há a necessidade de uma vinculação à Constituição por parte dos três poderes na realização das políticas públicas. A política pública envolve todos da atividade estatal e não apenas o governo. Embora a política pública fique vinculada à Constituição e, consequentemente, às leis, aos regulamentos, às ordens advindas do poder legislativo, há um espaço de conformação do governo, porém, dentro do quadro normativo proposto pela Constituição (KELSEN, 2006). Logo a política pública é acompanhada de ações visando à realização de seus objetivos, não havendo a cisão entre diretriz e políticas públicas, uma vez que os objetivos estão insertos na política pública. Por fim, a política pública é um ato contínuo, isso significa dizer que não é apenas o ato que decreta uma lei (em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal), mas também os atos subsequentes de implementação, execução e avaliação. Todos esses atos devem ser feitos em conformidade com a Constituição (THEODOULOU, 1995).

Portanto, segundo Dworkin, essa ação do Estado voltada à concretização de objetivos estabelecidos pela própria Constituição dá-se com base em direitos previamente estabelecidos. Esses direitos, obviamente, compatíveis com o provimento de um benefício ou objetivo coletivo da comunidade política (DWORKIN, 1999). Dworkin utiliza essa concepção para traçar a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, a qual será vista adiante na pesquisa. Ao responder aos críticos, Dworkin dá traços mais fortes à sua distinção entre princípios e políticas públicas,

mormente, à dimensão moral dos princípios e sua dimensão argumentativa, enquanto, todavia, as políticas públicas postam-se como um dado concreto (DWORKIN, 1999).

Com isso, buscou-se traçar os principais aspectos do conceito de políticas públicas, bem como as leituras inadequadas de tal conceito, por vezes descontextualizada da compreensão da proposta do autor. Isso, por outro lado, gera uma série de problemas na aplicação das teses propugnadas por ele. Visto o conceito de políticas públicas o qual serve de base à pesquisa, é preciso compreender o espaço das políticas públicas no direito e o porquê das políticas públicas ocuparem esse espaço.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Estudado o conceito de políticas públicas, parte-se à análise do seu reflexo dentro da esfera jurídico-administrativa. Com isso, investiga-se em que campo jurídico encontram-se localizadas as políticas públicas. Nesse momento, surgem questões como a aproximação entre o campo do direito e o campo da política, bem como os limites ao Estado na elaboração e na execução de políticas públicas, por isso a necessidade de compreender o espaço ocupado, no direito, pelas políticas públicas. Outra questão que, evidentemente, surge ao redimensionar as políticas públicas no Direito Administrativo é em relação ao exercício do poder discricionário da administração pública o que, por muitas vezes, tem sido alvo de leituras equívocas e, de fundo, político-ideológico, o que não interessa para a tentativa da presente pesquisa.

A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. Exigem-se prestações positivas do Estado com os chamados direitos sociais, apresentando-se no universo jurídico as políticas públicas. Por sua vez, as políticas públicas são definidas como *standard* que tem um objetivo social, econômico e político a ser atingido, fruto de uma conformação com o ordenamento jurídico-constitucional, ou seja, as políticas públicas implicam em um dever de realização por parte de todos os poderes estatais e, não apenas o poder executivo ou determinado governo. Além disso, o processo de elaboração à

execução de determinada política pública deverá respeitar, nessa perspectiva, o proposto pelo art. 3º da Constituição Federal de 1988 (DWORKIN, 1999). Dessa forma, o Estado deve traçar uma série de medidas voltadas à coletividade (ordem pública), com o intuito de concretizar um direito voltado à comunidade.

Para se ter ideia, o *fazer* políticas públicas compreende uma série de estágios, resumidos da seguinte forma, inspirado em Theodoulou (1995): a) reconhecimento do problema e identificação das temáticas envolvidas naquela mesma área de atuação, em outros segmentos da Administração Pública, que possam contribuir para favorecer ou bloquear as soluções; b) inserção do tema na agenda de ação do poder público; c) formulação da política pública a ser concretizada, traduzindo-se concretamente as ações; d) adoção da política pública, não só edição de ato, mobilização de órgãos e adoção de medidas necessárias; e) implementação da política, envolvendo ações concretas por parte dos órgãos administrativos envolvidos; f) análise da avaliação da política pública executada, à vista dos parâmetros que originalmente pautaram a sua concepção.

Desta maneira, não se pode resumir as políticas públicas tão-somente ao ato de implementação, há todo um processo que parte desde a escolha realizada pelo legislador, dentro do quadro normativo, até a formulação realizada pela Administração Pública, bem como adoção de atos necessários à execução de determinada política pública. Da mesma forma, nesse processo, há o acompanhamento do Poder Judiciário que verificará a adequação entre o *standard* preconizado como objetivo social, político ou econômico previsto na Constituição Federal e aquilo que o Estado propõe enquanto ação para realizar essa política pública. Isso, de certa maneira, permite afirmar que há a possibilidade de controle dessas políticas públicas por parte do Judiciário, principalmente ao verificar a constitucionalidade destas políticas. Uma margem de conformação ilimitada, novamente, autorizaria a confusão entre uma política partidária e uma política pública. Com isso, propõe-se a superação da confusão, do ponto de vista conceitual, apresentada anteriormente, isto é, por um lado temos a liberdade de determinada agremiação política (partido político) eleger uma política – corporificada numa política de governo – e, ao ocupar o Executivo, buscar a sua adequação aos parâmetros constitucionais das políticas

públicas; de outro, há o processo de criação, execução e implementação de políticas públicas que envolvem todo o Estado, ou seja, Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário intentando a concretização do previsto na Constituição Federal (BUCCI, 2006; BUCCI, 2002; BUCCI, 1996)⁸.

Essas distinções são fundamentais à superação da celeuma criada com base em leituras de Ronald Dworkin, leituras as quais se mostram dissonantes com o proposto ao longo da obra do autor. Colocando-se fim a esse debate inócuo, do ponto de vista científico, é possível elaborar considerações em relação ao espaço das políticas públicas no Direito Administrativo, bem como considerações fundamentais a questões fulcrais como o poder discricionário da Administração Pública. Considerações que seriam inviáveis, caso seguissemos o conceito proposto por Dallari Bucci acerca das políticas públicas (BUCCI, 2006), pelos motivos expostos. Isso porque deixaria as políticas públicas no campo da política e a retiraria do campo jurídico.

Para que se possa relacionar as políticas públicas com o direito administrativo é preciso compreender que o direito administrativo contempla “o conteúdo dos preceitos jurídicos (escritos e não-escritos) que, de modo específico valem para a administração – a atividade administrativa, o procedimento administrativo e a organização administrativa –” (MAURER, 2006). O que, na proposta de Maurer (2006), não significa dizer que o direito administrativo circunscreva seu objeto de estudo aos órgãos administrativos e à sua atividade. Ele regula de igual modo, as relações entre a administração e o cidadão, ou seja, direitos e deveres do cidadão em relação à administração (MAURER, 2006)⁹.

⁸ No Brasil observam-se, principalmente, obras de autoria de Maria Paula Dallari Bucci tratando da temática ligada às políticas públicas como objeto de interesse ao Direito Administrativo. Parte do pressuposto que as políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Administração, concluindo que é um campo de estudo que permite a abertura à interdisciplinariedade. Realiza distinções como de Políticas Públicas com suporte legal e políticas públicas com suporte constitucional, isso porque conceitualiza política pública como ação governamental. Incorre, novamente, no erro apontado anteriormente. Como visto, não se pode falar, sob a ótica do referencial teórico desta pesquisa, falar-se em políticas públicas, sem que se fale em previsão constitucional dessas políticas públicas. Do contrário, voltaremos à confusão entre políticas públicas e políticas partidárias, o que, do ponto de vista científico, serve somente à ideologização da ciência do direito.

⁹ Ainda, Hartmut Maurer faz a distinção entre direito administrativo geral (princípios,

Pelo conceito apresentado de políticas públicas, por representar uma série de direitos e deveres da administração em relação ao cidadão, tendo em vista que são objetivos constitucionalmente previstos (art. 3º da Constituição Federal) que estabelecem *standards* (para além das regras) a serem seguidos pelos três poderes, com a finalidade de estabelecer uma nova condição política, social e econômica à comunidade, vislumbram-se as políticas públicas, em sua dimensão jurídica, no direito administrativo. Todavia, existem reações tendentes a estabelecer as políticas públicas como ramo autônomo do direito, em vista da complexidade da sociedade globalizada e por isso ter que ir além dos ramos tradicionais de atuação da administração pública (GARCIA, 2009)¹⁰. Afirmar que as políticas públicas estão contidas no direito administrativo implica em dizer que às políticas públicas aplicam-se os institutos, os princípios e os regramentos que são aplicados ao direito administrativo.

Desta forma, a criação, a execução e a implementação de uma política pública passa por uma série de atos da administração. É condenável a impune desvinculação das políticas públicas, tornando aceitável a inércia do agente público perante decisões que, em última instância, violam os princípios constitucionais, vilipendiam os objetivos de determinada política pública, ou mesmo, não atenta às destinações específicas dadas pela Constituição Federal ao Administrador Público. Mesmo dentro daquilo que é chamado poder

regulações, conceitos e institutos jurídicos que são determinantes para todos os âmbitos do direito administrativo) e direito administrativo particular (abrange o âmbito de atividades individuais da administração). Esses conceitos, entretanto, estão em correlação. “O direito administrativo geral ganha do direito administrativo particular o material e o exemplo de casos, dos quais, após o despelamento do particular, o geral torna-se claro aos poucos. O direito administrativo particular obtém pelas regras, princípios e conceitos do direito administrativo geral estabilidade e estruturas contínuas, que impedem uma segregação dos âmbitos particulares do direito administrativo especial. Ambas as áreas – o direito administrativo geral e o particular – não se deixam, todavia, separar rigorosamente.

¹⁰ O estudo da Professora Maria da Glória visava inserir como disciplina do segundo ciclo do mestrado, a disciplina de Direito das Políticas Públicas, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Justifica com base nas próprias configurações do Estado Moderno. Expõe, como um de seus fundamentos, a necessidade de estudar as políticas públicas e os novos problemas dentro do âmbito da Constituição, da discricionariedade legislativa e da liberdade de conformação do legislador. Permitindo, destarte, compreender a aplicação dos princípios de direito constitucional e direito administrativo no desenvolvimento das políticas ou no ajustamento dos instrumentos de políticas públicas.

discricionário, ou seja, quando a administração pode escolher entre modos de conduta distintos, não há, como na administração legalmente vinculada, uma ligação do tipo a uma consequência jurídica. Autoriza a administração pública ela própria determinar a consequência, “em que ou lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado certo âmbito de atuação” (MAURER, 2006). Isso se reflete, de igual modo, no tratamento dado às políticas públicas. Não há uma discricionariedade livre da administração – mesmo no caso das políticas públicas – por pertencerem ao direito administrativo.

Certo é que a liberdade para juízos de conveniência e oportunidade não pode ser confundida com arbitrariedade. A escolha só será justificada dentro de um quadro constitucional que autorize. De tal sorte que, na elaboração e no cumprimento das políticas públicas, deverão declinar as razões aceitáveis para a tomada da decisão. Não se trata de uma única resposta correta, mas a melhor escolha administrativa, condicionada e aberta a revisões. Contudo, isso não implica e não pode ser confundido com o excesso de controle, ou seja, uma negação da discricionariedade, principalmente em se tratando de políticas públicas. Nesse sentido, Hartmut Maurer afirma que não existe poder discricionário livre, mas juridicamente vinculado, e elenca algumas vinculações (vícios) a partir do direito alemão: a) não uso do poder discricionário (não faz uso por negligência ou porque aceita, por equívoco, que está obrigada a não-atuação em virtude de direito coercitivo); b) excesso do poder discricionário (quando escolhe uma consequência jurídica não situada no quadro da prescrição do poder discricionário); c) uso defeituoso do poder discricionário (autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade da prescrição do poder discricionário, não são observados as concepções de objetivos legais ou não inclui suficientemente em suas considerações pontos de vistas determinantes); d) infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais (direitos fundamentais e os princípios gerais para a atuação da administração, especialmente, os princípios da necessidade e da proporcionalidade – barreiras objetivas ao exercício do poder discricionário) (MAURER, 2006; MAURER, 2001). A violação de um dessas vinculações torna viciada a decisão discricionária da autoridade.

Ao tratar do poder discricionário juridicamente vinculado (MAURER, 2006)¹¹, Maurer aduz que este poder não proporciona liberdade ou até arbitrariedade da administração, isto é, tem-se um poder discricionário conforme o seu dever (poder discricionário juridicamente vinculado). Em outras palavras, a autoridade tem que exercer o seu poder conforme a finalidade da autorização e observar os limites legais do poder discricionário. Se não for seguida essa instrução, está-se diante de uma autoridade que atua viciosamente no exercício do poder discricionário e, portanto, antijuridicamente; desta forma, abre a possibilidade de revisão do ato pelos tribunais (MAURER, 2006). Por outro lado, há a objeção de que um vício no poder discricionário somente existe se a autoridade não observa as vinculações jurídicas, se a decisão da autoridade não é conforme a finalidade não toca a juridicidade do ato. Contudo, essas aporias não são suficientes para evitar a revisibilidade do ato pelo judiciário (MAURER, 2006).

Além disso, há o caso dos conceitos jurídicos indeterminados, caso em que os elementos do tipo legal são, quanto ao conteúdo, de precisão diferente (há conceitos inequívocos e conceitos determináveis no caso concreto). A interpretação dos conceitos, no caso concreto, pode gerar dificuldades consideráveis, embora apenas possa haver uma resposta acertada. A questão que surge é acerca da revisão desses conceitos pelo judiciário, podendo substituir a decisão propugnada pela autoridade administrativa. Na doutrina encontra a resposta do uso corrente do *espaço de apreciação*, ou seja, um espaço que ficaria imune ao controle (MAURER, 2006). Contudo, pode-se concluir que ao realizar isso a doutrina acaba por aproximar o espaço de apreciação do poder discricionário, aplicando-se, portanto, as medidas adotadas em relação ao ato eivado de vício, no exercício do poder discricionário pela autoridade administrativa (MAURER, 2006). Segundo Maurer (2006), em que pese às posições contrárias, a distinção entre

¹¹ Acerca da redução do poder discricionário a zero, Maurer afirma que poder discricionário tem como base a escolha entre modos de conduta diferentes, no entanto, em determinado caso, a possibilidade de escolha pode se reduzir a uma alternativa. Nesse caso, estar-se-á diante da redução do poder discricionário a zero ou contração do poder discricionário. Isso resultaria, fundamentalmente, segundo o autor, da influência de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

conceitos jurídicos indeterminados e a concessão de poder discricionário.

Desta forma, admitindo-se a inserção das políticas públicas no atinente ao direito administrativo, os atos de elaboração, de execução e de continuidade, em que pese à eventual discricionariedade da autoridade, seria possível a revisibilidade desses atos pelos tribunais. No entanto, esse aspecto não se dá unicamente em função do poder discricionário na concretização dessas políticas públicas. Como visto, conforme o referencial adotado, a realização das políticas públicas é um dever de todos os poderes devendo, portanto legislativo, judiciário e executivo zelar pela conformidade das políticas públicas com o quadro constitucional. Diante disso será analisado os limites da revisão judicial acerca das políticas públicas e sua conformação constitucional.

4 O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 (CF) deu ao Supremo Tribunal Federal a condição de guarda da Constituição (HECK, 2008; HECK, 2002), por outro criou uma série de instrumentos que possibilitassem o acesso ao Supremo. A tarefa de guarda da Constituição está regulada no art. 102, *caput*. Também, regula o direito de petição na ação de inconstitucionalidade, a qual se encontra regulada no art. 102, I, CF. Além disso, por meio da Emenda Constitucional n.º 3 (EC), introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade. Ainda com base na citada emenda, criou-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, par. segundo, da CF. Contudo, não se esgotam aí as possibilidades de controle de constitucionalidade no Brasil, há ainda o chamado controle difuso. Nesse caso, há um litígio jurídico que tem como objeto a conformidade ao direito de um ato (HECK, 2002), ou seja, permite a qualquer juiz a declaração de inconstitucionalidade de um ato, gerando um efeito entre as partes envolvidas na demanda.

Esses mesmos instrumentos de controle de constitucionalidade são amplamente aplicáveis às políticas públicas; como visto, admite-se a possibilidade da revisão judicial das políticas

públicas, por representar uma ação estatal e, com isso, exigir a participação dos três poderes à sua concretização e porque, mesmo tendo espaços de exercício de discricionariedade da autoridade administrativa, é possível que sejam revistas as escolhas feitas pela autoridade administrativa. Desta forma, há uma relação profunda do poder judiciário com o controle das políticas públicas. No entanto, desafio que se apresenta é apresentar as traves fundamentais quanto aos limites ao controle judicial das políticas públicas no Brasil.

A possibilidade de submeter uma política pública ao controle judicial é, também, inquestionável, tendo em vista que a Constituição Federal garante no art. 5º, inc. XXXV¹², o direito ameaçado ou lesado. Com isso, observe-se que o Poder Judiciário tutela as políticas públicas quando expressam um direito. Via de regra, o controle da constitucionalidade das políticas públicas dá-se por meio de ações coletivas com vistas a resolver conflitos que envolvam direitos consubstanciados em políticas públicas¹³.

O caminho proposto no início da pesquisa é sustentado em Ronald Dworkin, principalmente, estabelecendo-se a distinção entre *policy*, *principle* e *rule*. Com base nessa distinção, pode-se compreender o que seria o conceito de políticas públicas rompendo com alguns discursos políticos os quais permeavam as tratativas das políticas públicas, com base nesse autor. Entretanto, ao tratar da resposta ou de como os juízes devem responder há uma substancial diferença no resultado das demandas. Quando uma política pública é estabelecida pelo legislador, se dá com base em argumentos de política, isto é, um argumento que justifique uma decisão política demonstrando que essa decisão avança ou protege alguns objetivos coletivos da comunidade como um todo (DWORKIN, 1999).

Utiliza o exemplo do subsídio às fábricas de aviões com o objetivo de garantir a segurança nacional, como um argumento de

¹²“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

Acesso:

12.07.2010

¹³ Sob a ótica processual, sem dúvida, a Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985 e Lei n.º 8.078 de 1990 abriram grande espaço no processo civil brasileiro.

política. Por outro lado, os argumentos de princípio justificam uma decisão política, demonstrando que aquela decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de um grupo. Nesse caso, o exemplo utilizado por Dworkin é do argumento em favor dos estatutos antidiscriminatórios, em que a minoria tem o igual direito de respeito e interesse é um argumento de princípio. Os dois tipos de argumentos não exaurem um argumento político, ou seja, mesmo em se tratando de uma decisão política poderá ter como fundo um argumento de política ou um argumento de princípio (DWORKIN, 1999).

Determinada escolha feita pelo legislador requererá os dois tipos de argumentos, mesmo no caso de um programa que seja fundamentalmente um problema de política. Toda a política pública deve, portanto, ter como base um argumento de princípio. Contudo, um programa baseado mormente em princípios poderá refletir o sentimento de que os direitos não são absolutos e que perdem a validade quando as conseqüências na política são muito agudas. Desta diferenciação resulta que as decisões judiciais, ainda quando uma lei tenha sido criada por uma diretriz política, tem por base um argumento de princípio (DWORKIN, 1999). Voltando ao exemplo, se uma fábrica de aviões demanda judicialmente subsídio para a fabricação de aviões, com base no subsídio previsto em lei, argumentando um direito ao subsídio, faz isso com base em uma argumentação de princípio. Não sustenta que a defesa nacional sairá ganhando se a ele lhe derem o subsídio (DWORKIN, 1999). Todavia, isso se aplica aos casos em que há um direito estabelecido, em se tratando de casos difíceis (DWORKIN, 1999)¹⁴, em que não há uma norma estabelecida para que se dite uma decisão em algum sentido, poderia parecer que uma decisão adequada seria gerada tanto numa diretriz política quanto num princípio.

Então, propõe-se a tese que as decisões nos casos difíceis devem ser geradas caracteristicamente por princípios e não por

¹⁴ “Quando determinado litígio judicial não se pode subsumir claramente a uma norma jurídica, estabelecida previamente por uma instituição, o juiz – de acordo com essa teoria tem discricção para decidir o caso em um ou outro sentido. [...] Meu argumento será que, ainda quando nenhuma norma estabelecida resolva o caso, é possível que uma das partes tenha direito a ganhar. Não deixa de ser dever do juiz, inclusive nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, em vez de inventar retroativamente direito novos”.

decisões baseadas em argumentos de política. Em outras palavras, para que o juiz chegue à conclusão em determinado caso relacionado a políticas públicas, é preciso que haja argumentos que justifiquem a eleição daquele direito em detrimento de outro e, além disso, que essa decisão abra a perspectiva de sua universalização. Os juízes não devem fundar suas decisões em argumentos de política (DWORKIN, 2000). Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, os juízes devem apelar para os argumentos de princípio e não argumentos de política. Se os juízes fossem convocados a decidirem conforme argumentos de política o risco para a liberdade individual é maior, certamente, do que se as decisões fossem a favor da proteção da moral e dos direitos políticos dos cidadãos de sua comunidade (DWORKIN, 1999). Assim, o risco que surge nesse caso é que a liberdade individual restaria erodida a um patamar maior do que o processo político, na primeira espécie de decisão. Na segunda hipótese, o risco é que os juízes sejam conservadores e se valham de seu poder menos que poderiam, negando-se a reconhecer direitos individuais que o processo político haja consolidado no direito positivo (DWORKIN, 1999).

Da mesma forma se dá o controle judicial de políticas públicas, em que a solução dada pelos julgadores deve circunscrever aos argumentos de princípios e não aos argumentos de políticas, em que pese a escolha de determinada política pública se dê com base na conformação da própria Constituição Federal e os objetivos traçados por esta. Não é possível julgar uma *policy* (política pública) com outra *policy*, são necessários, para além disso, argumentos de princípio. Quando se questiona acerca de qual política pública o governo estabeleceu para determinada área, a resposta não deve se cingir a argumentos que justificam determinada medida sob o ponto de vista econômico, a base dessa política pública deve ser encontrada em argumentos de princípio.

Para isso, Dworkin encontra a solução no que chama de juiz Hércules, uma metáfora utilizada pelo autor para tratar de um juiz dotado de capacidades extraordinárias, capacitado para reconstruir, com coerência, em cada caso, o direito vigente, para que se possa ser tomada a melhor decisão possível amparada em argumentos de princípios. Com o intuito de garantir a correção do direito apresenta uma reconstrução racional e coerente do direito. Ao juiz Hércules caberá definir os argumentos de princípio que suportam o

precedente, assim, definirá a força gravitacional do precedente (DWORKIN, 1999). O precedente é fundamental para que o juiz escreva o que ele chama de romance em cadeia, isto é, como na literatura os precedentes são como capítulos de livros e é preciso saber o argumento do capítulo anterior para que não se perca em coerência, em relação ao texto. Hercules deverá saber reconhecer que na sua comunidade é reconhecido que as decisões judiciais devem ser tomadas utilizando por base argumentos de princípios, a despeito de argumentos de política (DWORKIN, 1999).

Com base nisso, aventa-se a possibilidade do julgador encontrar o que a chamada resposta correta (DWORKIN, 1995), nos casos difíceis, o que não significa uma resposta correta, tendo em vista que não raro os juízes errarão (DWORKIN, 1995). Cabe ao juiz, por meio de nexos argumentativos, encontrar respostas qualitativamente adequadas à materialidade da Constituição Federal. Com isso, se dá as traves fundamentais ao controle de políticas públicas. Seguir na senda de decisões que careçam de justificação, ou apenas sejam calcadas em ementários jurisprudenciais ou princípios, sem a adequada fundamentação em argumentos de princípio, dá ensejo a decisões comprometidas com ideologias partidárias e outros tipos de compromissos políticos, nefastos ao controle judicial das políticas públicas e ao próprio conceito de políticas públicas. Não pode, nesse sentido, haver abertura ao arbítrio dos juízes, pois uma política pública deve estar adequada à Constituição Federal.

Admitir o arbítrio dos juízes seria dar azo a decisões, no tocante ao controle de constitucionalidade das políticas públicas, de fundo emocional, fato que se tornou comum em relação ao controle das políticas públicas de saúde ou mesmo responder por parte do judiciário que preconizam questões de fundo econômico. Essa proliferação de decisões extravagantes ou até mesmo emocionais, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos descabidos, ou mesmo ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. O casuísmo das decisões judiciais brasileiras levará a não realização do previsto na Constituição Federal, impedindo com que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas. Quadro diametralmente oposto ao proposto por Ronald Dworkin e em relação àquilo que se possa extrair do conceito de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa objetivou fazer uma releitura do conceito de política pública, tendo por base teórica a distinção proposta por Ronald Dworkin, entre *principle*, *policy* e *rule*. Adotando-se nessa pesquisa a referência a *policy* como políticas públicas, diferente daquilo que é encontrado em alguns autores brasileiros, o que permite a confusão entre políticas públicas, diretrizes e políticas partidárias. Aqui, buscou-se estabelecer o sentido dado por Ronald Dworkin, não se quis negar o que foi produzido, mas estabelecer a real relação entre o que o autor trata por políticas públicas e o que está posto, em parte da doutrina brasileira. Além disso, a própria relação das políticas públicas e o direito administrativo focando, principalmente, em localizar as políticas públicas como parte do direito administrativo e como se dava o tratamento no tocante à discricionariedade administrativa.

Partiu-se da compreensão dado por Dworkin ao termo *policy*, que se optou tratar por políticas públicas, em que pese as diferentes traduções apresentadas. O autor parte da distinção entre *principle*, *rule* e *policy*. No seu *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 1977), ao tratar do modelo de regras I (*model of rules I*), abre sub-capítulo destinado à distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Propõe-se a utilização do termo princípio, genericamente, para se referir para todo grupo de *standards* de conduta os quais não se adequem dentre as regras. Entretanto, é possível ser mais preciso e estabelecer a distinção entre princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Uma *policy* é entendida, para Dworkin, um tipo de *standard* que estabelece um objetivo a ser alcançado. Em geral representa um melhoramento com caracteres sociais ou econômico da comunidade.

Ao aceitar esse conceito de políticas públicas, há a incumbência de todos os poderes, igualmente, zelarem por estas políticas públicas. Sob a ótica doutrinária, *policy* é entendida como diretriz, atribuindo, por outro lado, um peso de ação governamental às políticas públicas, o que faz com que esse conceito aproxime-se da idéia de política partidária o que, por si, poderia violar o quadro de conformação constitucional proposto. Por exemplo, como relatado, Eros Roberto Grau traduz como diretriz o termo *policy*, para ele não

é possível verter diretamente *policy* para políticas públicas. Grau (2008) nomeia políticas públicas como “todas as atuações do Estado, cobrindo as formas de intervenção do poder público na vida social”. Da mesma forma, Massa-Arzabe (2006) traduz a expressão *principle* por diretriz, a qual, em seu corpo, conteria uma meta a ser atingida pelo governo. Novamente, uma aproximação à política partidária do que ao proposto enquanto políticas públicas, ao menos, com base em Ronald Dworkin.

Após, verificou-se a pertinência teórica das políticas públicas no campo do direito administrativo, bem como, a questão ligada à discricionariedade administrativa. Pelo conceito apresentado de políticas públicas, por representar uma série de direitos e deveres da administração em relação ao cidadão, tendo em vista que são objetivos constitucionalmente previstos (art. 3º da Constituição Federal) que estabelecem *standards* (para além das regras) a serem seguidos pelos três poderes, com a finalidade de estabelecer uma nova condição política, social e econômica à comunidade, vislumbram-se as políticas públicas, em sua dimensão jurídica, no direito administrativo. Admitindo-se a inserção das políticas públicas no atinente ao direito administrativo, os atos de elaboração, de execução e de continuidade, em que pese à eventual discricionariedade da autoridade, seria possível a revisibilidade desses atos pelos tribunais.

Por fim, advogou-se pelo estabelecimento de limites ao controle judicial das políticas públicas, tendo por base a proposta de Ronald Dworkin. Para tanto, apresentou-se a diferença entre os argumentos de princípio e os argumentos de política, demonstrando a necessidade da ponderação de argumentos de princípios pelos juízes, em se tratando da resolução de casos que não tivessem uma adequação ao quadro de regras (casos difíceis), permitindo vislumbrar a necessidade da vedação de decisões de cunho emocional, de cunho econômico no controle judicial de políticas públicas. Para isso, parte-se do ideado por Dworkin ao tratar da necessidade argumentos de princípio como condutores da racionalidade da decisão, tendo como objetivo a concretização do previsto no quadro constitucional. Com isso, tratou-se das questões conceituais acerca das políticas pública e de que maneira essas questões podem refletir na relação, em primeiro lugar entre direito

administrativo e políticas pública e, em segundo lugar, entre o judiciário e o controle de constitucionalidade dessas políticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 12.07.2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. As políticas públicas e o Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, v. 13, p. 134-144, 1996.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: DWORKIN, Ronald. The Philosophy of Law. Londres: Oxford Press, 1977.

_____. Taking Rights Seriously. 17ª impressão, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. Los Derechos en serio. 2ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1995.

_____. A matter of principle. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000.

_____. Sovereign Virtue: the theory and practice of equality. Fourth printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2002.

FÜLLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law – A reply to Professor Hart. Harvard Law Review, n.º 71, vol. 4, p. 630-672, 1958.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. Direito das Políticas Públicas. Coimbra: Almedina, 2009.

GOETHE, Johann Wolfgang. Os sofrimentos do jovem Werther. Tradução de Leonardo César Lack, São Paulo: Abril Cultural, 2010.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

HART, Herbert L. A. The Concept of Law. New York, London: Oxford University Press, 1961.

HECK, Luís Afonso. Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O Controle Normativo no Direito Constitucional Brasileiro. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 800, jun. 2002, p. 57-64.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Trad. Luís Afonso Heck, Barueri: Manole, 2006.

_____. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001

THEODOULOU, Stella Z.. The Nature of Public Policy. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. Public Policy: the essential readings. New Jersey: Prentice-Hall, 1995.

VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. In: VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos. vol. 2, São Paulo: Axis Mundi, 2003.

Francisco Quintanilha Verás Neto
Bruno Cozza Saraiva
Organizadores

Temas Atuais de Direito Ambiental, Ecologia Política e Direitos Humanos.

*Coletânea de Pesquisas de 2010 do Grupo
Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a
Sustentabilidade (GTJUS)*



Rio Grande
2013

2013

Criação da capa: Liane Veiga

Formatação e diagramação:

João Balansin

Gilmar Torchelsen

Revisão: João Reguffe

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Me. Márcia
Rodrigues, CRB 10/1411.

T278 Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos / Francisco Quintanilha Verás Neto, Bruno Cozza Saraiva (organizadores). – Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013.
155 p. : il. ; 21 cm.

“Coletânea de Pesquisas de 2010 do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS)”.

ISBN: 978-85-7566-285-4

1. Direito ambiental. 2. Sustentabilidade. 3. Ecologia política. 4. Direitos humanos. 5. Direitos fundamentais. I. Verás Neto, Francisco Quintanilha. II. Saraiva, Bruno Cozza.

CDU, 2ª ed. : 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Sustentabilidade	502.131.1
3. Ecologia política	502.15
4. Direitos humanos	342.7
5. Direitos fundamentais	342.7

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
<i>Professor Doutor José Rubens Morato Leite</i>	
INTRODUÇÃO	9
<i>Francisco Quintanilha Verás Neto e Bruno Cozza Saraiva</i>	
BREVES COMENTÁRIOS SOBRE MARXISMO E ANTROPOCENTRISMO EM ECOLOGIA POLÍTICA	13
<i>Antônio Carlos Porciúncula Soler, Eugênia Antunes Dias e Francisco Quintanilha Verás Neto</i>	
SOCIEDADE DE RISCO, NEOCONSERVADORISMO E CONSTITUCIONALISMO SOCIOAMBIENTAL COMO PARADIGMAS EMERGENTES DE ANÁLISE DO CENÁRIO DA GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL	33
<i>Bruno Cozza Saraiva e Francisco Quintanilha Verás Neto</i>	
DIREITOS HUMANOS: CONQUISTAS HISTÓRICAS, SUBSÍDIOS HISTÓRICOS PARA ENTENDER O ALCANCE E IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	47
<i>Sheila Stolz e Francisco Quintanilha Verás Neto</i>	
NO CONTEXTO REPUBLICANO QUANDO EXISTIU CIDADANIA? UMA ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	59
<i>Natália Centeno Rodrigues e Francisco Quintanilha Verás Neto</i>	

A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SEUS REFLEXOS CONCEITUAIS	75
<i>Hector Cury Soares</i>	
A LEI DE PRODUÇÃO ORGÂNICA NUM CONTEXTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA SEGURANÇA ALIMENTAR E DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO ..	101
<i>Matheus Sehn Korting, Marlo do Nascimento e Éder Dion de Paula Costa</i>	
ANÁLISE DA EFICÁCIA JURÍDICO AMBIENTAL NA ESTAÇÃO ECOLÓGICA DO TAIM – RS	119
<i>Thaisa Caporlingua Lopes e Vanessa Hernandez Caporlingua</i>	
REFLEXÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA SEARA AMBIENTAL	135
<i>Carlos Alexandre Michaello Marques</i>	