

**TAÍS DÓREA DE CARVALHO SANTOS**

**O ESTUDO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
EFICIÊNCIA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
*Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade  
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do  
grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro

Salvador

2015

S237

Santos, Taís Dórea de Carvalho,

O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais / por Taís Dórea de Carvalho Santos. – 2015.

146 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

## **TAÍS DÓREA DE CARVALHO SANTOS**

### **O ESTUDO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro  
Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia e Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco.

---

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia  
Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia e Doutor em Direito do Estado pela PUCSP.

---

Nome:  
Instituição:

Salvador, \_\_\_\_ de março de 2015.

Dedico à minha família de hoje e do futuro.  
A Luciano, meu amor. Aos meus pais, minha  
base.

## AGRADECIMENTOS

Existem os que sonham em casar, em ficar rico, em viajar... eu sonhei com o Mestrado. Não imaginava que seria tão feliz realizando este sonho. Não foi fácil, mas foi incrível.

Agradeço aos meus pais, Neusa e Delmiro, por sempre acreditarem em mim, até mesmo quando eu não acreditei. Vocês são os melhores pais do mundo. Ao meu irmão, Bruno, por ser meu companheiro de vida. Aos meus avós que hoje olham por mim lá de cima, mas sempre me deram o que mais precisei: muito amor. A toda família querida que me apoia e vibra intensamente com todas as minhas vitórias.

Ao meu esposo, Luciano, todo meu amor. Foi você quem ouviu meus desaforos e aguentou o meu cansaço. Admiro-o como ser humano e profissional e por me despertar para o Direito. Esse mérito é somente seu! Aos meus sogros pelo apoio e carinho.

Aos professores que passaram por minha vida, cada um com sua importância, e me fizeram escolher esta profissão. Em especial, ao meu orientador, Professor Celso Castro, um dos homens mais inteligentes que tive a honra de conhecer. Passar minutos com o senhor é aprender mais que horas de estudo. Muito obrigada por me fazer enxergar além.

Aos professores do programa de pós-graduação, principalmente Professores Saulo Casali, Rodolfo Pamplona e Nelson Cerqueira. Minha verdadeira admiração! Os senhores são especiais e fundamentais para a realização deste sonho.

Aos meus amigos queridos do Mestrado. Meu amor transborda por muitos de vocês. Num momento de crise tive a oportunidade de conhecer as mulheres mais lindas e inteligentes de toda a UFBA (Universidade Federal da Bahia), que hoje são minhas amigas de todo coração. Agradeço demais a vocês: Andrea Leone, Carliane Carvalho, Claiz Gunça, Gabriela Curi e Jessica Hind. Também, e de coração, ao meu querido Jorge Santiago, nossas angústias renderam amizade e boas risadas.

Aos meus amigos/colegas de trabalho que seguraram as pontas nestes momentos onde precisei me ausentar e dedicar ao Mestrado. Obrigada pela força, Brenda Guimarães, Thiago Sodré e Verbena Bittencourt. À minha amiga Lisandra Pimentel, minha luz no fim do túnel. Seu trabalho foi imprescindível pra mim.

Aos meus irmãos que a vida me deu, minhas cunhadas (Lívia e Carla), meus amigos, dindos e Fidel, agradeço pela força e amor.

*Haverá um dia em que você não haverá de ser feliz,  
Sentirá o ar sem se mexer,  
Sem desejar como antes sempre quis,  
Você vai rir... sem perceber,  
Felicidade é só questão de ser,  
Quando chover... deixar molhar...  
Pra receber o sol quando voltar.  
Lembrará os dias que você deixou passar sem ver a luz,  
Se chorar, chorar é vão,  
Porque os dias vão pra nunca mais...  
Melhor viver meu bem,  
Pois há um lugar em que o sol brilha pra você,  
Chorar, sorrir também e dançar,  
Dançar na chuva quando a chuva vem.  
Tem vez que as coisas pesam mais  
Do que a gente acha que pode aguentar,  
Nessa hora fique firme pois tudo isso logo vai passar...*

Marcelo Jeneci e Chico Cesar

## RESUMO

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. O Estudo das Escolhas Trágicas à Luz do Princípio da Eficiência e os Precedentes Judiciais. 146 f. 2015. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

Vive-se em um país de desigualdades sociais, no qual a efetivação dos Direitos Fundamentais é uma finalidade, mas os recursos financeiros não são suficientes para atender a todas as demandas. Com a necessidade de definir quais são as políticas prioritárias, a Administração Pública precisa fazer escolhas que tenham como propósito primaz a maior eficiência administrativa na persecução dos interesses públicos e na efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Em situações de ineficiência e omissão, o Poder Judiciário, através do controle judicial, é convidado a decidir sobre a ausência ou incompleta efetivação desses direitos e, muitas vezes, acaba por afastar a verdadeira concretização dos mesmos, assim como da própria justiça. Em vista dessa realidade, esta dissertação tem como objetivo geral: discutir a Teoria das Escolhas Trágicas à luz do princípio da eficiência, compreendendo sua importância para Administração Pública, sob a ótica da escassez de recursos, partindo do entendimento de que esta é uma realidade no cenário político/social/jurídico brasileiro. E como objetivos específicos: estudar a Teoria das Escolhas Trágicas; questionar a interferência judicial no processo administrativo, quando em situações de efetivação dos direitos fundamentais; analisar os precedentes judiciais que se delineiam nesse cenário, em caráter ilustrativo. Para o alcance dos mesmos, estruturou-se uma revisão de literatura acerca do Direito Administrativo, dos Direitos Humanos, dos Custos do Direito e do Controle Judicial, baseada na pesquisa bibliográfica e na pesquisa documental, ambas de cunho descritivo-exploratório e de natureza qualitativa, e a coleta de dados se fez pela seleção de literaturas e publicações constantes em bases de dados eletrônicas, como Scielo e JusPodium, bem como de julgados disponíveis nos repositórios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça da Bahia. Conclui-se que a tutela jurisdicional não significa necessariamente a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que, em situações em que exista escassez de recursos, o atendimento a um pode significar o não atendimento a outro indivíduo ou até mesmo a uma coletividade, afastando, assim, a própria concepção de justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Escolhas Trágicas. Princípio da Eficiência. Administração Pública. Controle Judicial.

## ABSTRACT

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. The Study of Tragic Choices, Efficiency Principle and Judicial Precedent. 146 f. 2015. Dissertation (Master). Law School- Federal University of Bahia, Salvador, 2015.

We live in a country of social inequalities in which the enforcement of Fundamental Rights is a purpose, but the financial resources are insufficient to meet all the demands. With the need to define which public policies have priority, the Government needs to make choices aiming the greatest possible administrative efficiency in the pursuit of the public interests and the realization of constitutionally guaranteed rights. In situations of State omission or inefficiency, the Judiciary, through judicial review, is invited to decide about the absence or incomplete realization of these rights. But this often ends up pushing farther away the concretion of these rights, as well as justice itself. Nowing this, this thesis general objective is: to discuss the Theory of Tragic Choices under the light of the principle of efficiency, understanding its importance for public administration from the perspective of resource scarcity, based on the understanding that this is a reality in brazilian political/ /social/legal scene. As for the specific objectives: to study the Theory of Tragic Choices; question the judicial interference in the administrative processes, when in realization of fundamental rights situations; illustratively analyze the judicial precedents about this scenario. To achieve these goals, it has been done a review of literature about Administrative Law, Human Rights, the costs of rights and the Judicial Control of Public Administration, based on the bibliographic and documental research, both with a descriptive and exploratory perspective and with a qualitative nature. The data gathering was achieved through the selection of books and other publications, in both physical and electronic databases, such as SciELO and JusPodium, as well as through the analisis of judicial precedents available in electronic repositories of the Supreme Court and the Court of Justice of Bahia. It follows that the judicial control on Tragic Choices situations does not necessarily mean the optimal enforcement of fundamental rights, since in situations that involves the scarcity of resources, individual care means the sacrifice of other individuals, or even a community, which may contrary the very concept of justice.

**KEYWORDS:** Tragic Choices. Efficiency Principle. Public Administration. Judicial Control.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	12
<b>2</b>	<b>A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS CHAMADOS PRINCÍPIOS</b>	18
2.1	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS FUNÇÕES	19
2.2	PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	22
<b>2.2.1</b>	<b>2.2.1 Princípio da Legalidade</b>	26
2.2.1.1	<i>O princípio da legalidade: contornos fundamentais</i>	27
2.2.1.2	<i>O princípio da legalidade para o administrador público</i>	28
<b>2.2.2</b>	<b>Princípio da Eficiência</b>	31
2.3	ENTRE A LEGALIDADE E A EFICIÊNCIA	36
2.4	O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO	42
2.5	NOVAS PERSPECTIVAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	48
<b>3</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	52
3.1	TERMINOLOGIA E CONCEITO	54
3.2	BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	57
3.3	NORMATIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	60
<b>3.3.1</b>	<b>Limites de Aplicação dos Direitos Fundamentais</b>	63
<b>3.3.2</b>	<b>Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais e o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social</b>	67
<b>4</b>	<b>TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS</b>	71
4.1	ORIGENS DAS ESCOLHAS TRÁGICAS	73
4.2	JUSTIÇA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	76
<b>4.2.1</b>	<b>Justiça e seus contornos</b>	77
<b>4.2.2</b>	<b>Análise Econômica do Direito</b>	83
<b>4.2.3</b>	<b>Reserva do Possível</b>	87
4.3	EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS	89
4.4	ESCOLHAS TRÁGICAS NO BRASIL	98
<b>5</b>	<b>PRECEDENTES JUDICIAIS: CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS</b>	102

	<b>ADMINISTRATIVOS</b>	
5.1	CONCEITOS INDETERMINADOS	106
5.2	HERMENÊUTICA E CONTROLE JUDICIAL	109
5.3	PRECEDENTES JUDICIAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS	111
<b>5.3.1</b>	<b>A Função do Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais – Judicialização da Política.</b>	<b>117</b>
<b>5.3.2</b>	<b>Teoria das Escolhas Trágicas pelo Olhar do Supremo Tribunal Federal</b>	<b>122</b>
5.4	UMA ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS	127
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>135</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>138</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A consolidação dos Direitos Fundamentais como elementos indispensáveis no processo histórico de um Estado Democrático de Direito transfere ao Estado um papel imprescindível de garantidor da efetivação destes direitos<sup>1</sup>. Numa situação de escassez de recursos, em que esses não conseguem abarcar todo manancial de obrigações constitucionalmente impostas, as escolhas trágicas acabam por ser forma de priorização de programas e ações com a finalidade de resolver, da melhor forma possível, a equação que tem, de um lado, a necessidade e, de outro, as oportunidades de concretização destes direitos tão caros<sup>2</sup>.

Pensando nesta efetivação dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública, não se pode deixar de privilegiar o Princípio da Eficiência. Esse princípio, introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/96, trata da utilização dos recursos administrativos (financeiros ou não) com a finalidade de uma ação rápida, precisa e com o menor custo possível a fim de satisfazer as necessidades da sociedade<sup>3</sup>. Em uma situação de escassez, a satisfação destes direitos da melhor maneira acaba perpassando pela utilização da eficiência como vetor facilitador de tal intento.

Ocorre que, visivelmente, é percebido que se está muito longe de alcançar a plenitude da efetivação dos Direitos Fundamentais (se um dia isso for possível) por uma série de motivos, principalmente pela desigualdade social e pela própria escassez de recursos. Importante frisar que a efetivação de qualquer direito gera custos<sup>4</sup>, principalmente direitos que precisam de ações estatais. Quando diante de uma realidade de desigualdade, em que a carência é um lugar comum, a obrigatoriedade de atuação estatal, e, conseqüentemente, da alocação de recursos multiplica-se.

Nesse contexto social, torna-se comum a busca por tutela judicial quando não se consegue a devida prestação estatal de direitos obrigatórios. Assim, o judiciário acaba por intervir na atuação da Administração Pública emitindo decisões que tem como consequência a

---

<sup>1</sup> BARROSO, L.R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>2</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>3</sup> MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>4</sup> GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

alocação de recurso, muitas vezes que prejudicam a própria efetivação dos direitos fundamentais para toda uma coletividade<sup>5</sup>.

A dissertação aqui presente tem como objetivo geral discutir a Teoria das Escolhas Trágicas à luz do princípio da eficiência, compreendendo sua importância para Administração Pública, sob a ótica da escassez de recursos, partindo do entendimento de que esta é uma realidade no cenário político/social/jurídico brasileiro. E como objetivos específicos: estudar a Teoria das Escolhas Trágicas; questionar a interferência judicial no processo administrativo, quando em situações de efetivação dos direitos fundamentais; analisar os precedentes judiciais que se delineiam nesse cenário, em caráter ilustrativo.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pela revisão de literatura, delineada pela pesquisa bibliográfica de cunho descritivo-exploratório e de natureza qualitativa, cuja coleta de dados nortear-se-á pela seleção cuidadosa de autores clássicos e contemporâneos e doutrinadores do Direito Administrativo, dos Direitos Humanos, dos Custos do Direito e do Controle Judicial. Também fez-se uso de publicações/artigos depositados em bases de dados eletrônicas como a Scielo (*Scientific Electronic Library Online*) e JusPodivum. Ainda tomar-se-á como procedimento investigatório a pesquisa documental, também de cunho qualitativo, a qual se estruturará pelo estudo de julgados, a fim de captar a essência prática do objeto deste estudo à luz da interpretação de alguns dos temas supracitados pelo Judiciário e, por conseguinte, a sua revisão pelo Supremo Tribunal Federal.

Como serão analisados precedentes judiciais, foram trazidos ao estudo julgados/jurisprudências que têm como objetos a efetivação dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, a alocação de recursos públicos. Nesses casos, a intenção é o apontamento por meio de uma análise crítica das implicações deflagradas pelas decisões judiciais a toda coletividade.

Muitas questões envolvem o tema aqui trazido. Uma delas é a extensão/limitação dos direitos fundamentais, visto que, apesar dos direitos norteadores do Direito e da autorização legislativa, essas delimitações (alcance e limites) não se apresentam claras. Está-se diante de conceitos indeterminados que precisam do caso concreto para ganhar contornos objetivos<sup>6</sup>. Dessa forma, a simples menção constitucional ao direito à saúde, por exemplo, abre-se uma série de possibilidades que acaba por transformar a efetivação dos direitos fundamentais ao patamar de um desejo utópico.

---

<sup>5</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

<sup>6</sup> SOUSA, A. F. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

Como conceitos indeterminados, os direitos fundamentais podem ser compreendidos de diferentes formas por meio de diferentes interpretações; e, diante da escassez de recursos e na indeterminação dos conceitos, o Estado opta pela efetivação, avaliando o que vem a ser mais eficiente e urgente. Essa opção, por óbvio, leva em conta os custos do direito<sup>7</sup>.

A compreensão da importância dos Direitos Fundamentais, bem como sua estruturação, não podem deixar de ser analisados nesta dissertação, por ser a base diretiva de todo o estudo jurídico aqui trazido. Portanto, serão utilizadas conceituações e apontamentos sobre o tema de teóricos conhecidos, como Robert Alexy<sup>8</sup>, JJ Canotilho<sup>9</sup>, Ingo Sarlet<sup>10</sup>, Gilmar Mendes<sup>11</sup>, Norberto Bobbio<sup>12</sup>, bem como professores da casa. Este passeio teórico se faz importante para a verificação dos direitos fundamentais em diferentes contextos, confirmando a importância e o porquê de sua necessária efetivação.

Nesse ponto, faz-se necessário enfatizar a importância da análise econômica do direito utilizando a Teoria dos Custos do Direito desenvolvida por Posner<sup>13</sup>, Holmes & Sunstein<sup>14</sup> e perpetrada com Gustavo Amaral<sup>15</sup>, Flavio Galdino<sup>16</sup> e Cento Veljanovski<sup>17</sup>, teóricos largamente utilizados nas discussões. Essa teoria é elemento necessário para a verificação da hipótese de que: com a escassez de recursos, observância da existência de custos para

---

<sup>7</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>8</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>10</sup> SARLET, I.W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2007.

<sup>11</sup> MENDES, G. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 10, jan., 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf)> Acesso em: 10 dez. 2014.

<sup>12</sup> BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>13</sup> POSNER, R.A. Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law. In: **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper** No. 53 (2D SERIES). Disponível em: <[http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)> Acesso em: 27 dez. 2014.

<sup>14</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C.R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>15</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

<sup>16</sup> GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>17</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei: uma introdução**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

efetivação de direitos (ainda que negativos), tornam-se necessárias, portanto, as escolhas trágicas para conseguir a melhor alocação (utilizando o princípio da eficiência) na gestão pública dos direitos fundamentais.

Em decorrência disto, outra questão que merece ser abordada: o próprio limite da atuação jurisdicional quando chamada a decidir sobre os direitos fundamentais. Não se trata da possibilidade, mas sim do alcance que essas decisões podem ter, interferindo na gestão governamental e invadindo a chamada separação de poderes. O Executivo deve cumprir o que o legislativo prevê como meta, a partir das leis orçamentárias, com certa margem de discricionariedade suficiente para atuação de maneira eficiente.

Críticas, ainda discretas, chamam a atenção para o fato de que devem existir limites da atuação jurisdicional, ainda que em situações que envolvam direitos constitucionais. Essas limitações devem acontecer por várias razões, dentre elas a denominada separação dos poderes, interferência em mérito administrativo (ou seja, na possibilidade de escolha prevista em lei, apesar das inúmeras ressalvas ao tema) e até mesmo no desconhecimento técnico de implicações administrativas quando em situações que demandem alocações de recurso.

O propósito principal desta dissertação centra-se na compreensão da efetivação dos direitos fundamentais uma situação de escassez de recursos, com análise de precedentes judiciais que acabam por corroborar com necessidade da utilização da teoria das escolhas trágicas e do princípio da eficiência para sua realização, afastando decisões sem uma análise mais extensiva das suas consequências.

Para facilitar a compreensão da estruturação do raciocínio sobre o tema, o mesmo foi dividido em quatro capítulos, que o aborda em uma perspectiva específica.

O capítulo inicial, “A Administração Pública e seus chamados princípios”, encarrega-se de apresentar a estrutura da Administração Pública e seus princípios norteadores, sendo apresentadas visões adotadas na abordagem do tema referente às funções administrativas, que implicam a possibilidade de, respeitando a legalidade, atuar de forma eficiente na busca da efetivação dos direitos fundamentais<sup>18</sup>. Neste capítulo ainda serão abordados o ato administrativo discricionário, que privilegia a eficiência e as novas perspectivas da Administração Pública.

O capítulo seguinte, “Direitos Fundamentais”, inicia-se com a conceituação e a evolução histórica dos direitos fundamentais, percebidos como direitos humanos

---

<sup>18</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

positivados<sup>19</sup>. Será traçado um breve histórico dos Direitos Fundamentais com suas definições e dimensões, de modo a promover o seu entendimento e facilitar a adequação dos direitos à atuação do Estado na implementação dos positivos e na garantia dos negativos.<sup>20</sup> De qualquer jeito, verifica-se a alocação de recursos para a sustentação dos direitos, e isto é importante para a compreensão de toda a problemática trazida no presente trabalho que envolve a discussão sobre a escassez de recursos e a obrigatoriedade da implementação dos Direitos Fundamentais, o que gera uma necessidade de haver, por parte do Estado, escolhas trágicas. Serão feitas breves considerações sobre a ponderação de princípios proposta por Robert Alexy, bem como as limitações na aplicação destes direitos. Por fim, será trazida uma breve análise sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da vedação ao retrocesso social.

O quarto capítulo, “A Teoria das Escolhas Trágicas”, trata das necessárias escolhas que a Administração Pública precisa fazer quando diante de uma situação de escassez de recursos<sup>21</sup>. Importante antes, porém, fazer um parêntese para algumas observações sobre a delimitação de justiça e a análise econômica do direito – institutos importantes para a compreensão da teoria. Esse é o ponto nevrálgico da teoria aqui discutida uma vez que se percebe que, para uma efetivação dos Direitos Fundamentais, não só se faz necessário o princípio da eficiência, mas também a observância que os direitos custam e que estes recursos são escassos. Então, para atender a toda coletividade, da forma que se pede na Constituição Federal, necessária é a utilização da Teoria das Escolhas Trágicas e da percepção da solidariedade.<sup>22</sup> Ainda serão estudadas as escolhas trágicas no Brasil, observando como o Estado brasileiro efetiva os Direitos Fundamentais e os demais, com a escassez de recursos latentes, obviamente uma análise simplificada.

O último capítulo, “Precedentes Judiciais: controle judicial dos atos administrativos”, trará algumas considerações sobre os conceitos indeterminados. Nessas situações, a utilização da hermenêutica é imprescindível, e, por isto, uma parte deste capítulo tratará de tal instituto.

---

<sup>19</sup> CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

<sup>20</sup> DIOGENES JUNIOR, J. E. N. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? **Conteúdo Jurídico**, 30 Jun. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)> Acesso em: 18 nov. 2014.

<sup>21</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>22</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei: uma introdução**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

Perelman<sup>23</sup> e Alexy<sup>24</sup> serão os doutrinadores utilizados neste tópico, respeitando não apenas a utilização da hermenêutica pretendida pela própria Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário. Serão feitas algumas considerações sobre as funções do judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais e também uma delimitação do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a Teoria das Escolhas Trágicas. Esses elementos e estudos são importantes para a compreensão de todo o contexto institucional – Administração Pública e Judiciário – na relação que esses têm com a escassez de recursos e como utilizam essa constatação para a efetivação dos Direitos Fundamentais. Nesse capítulo ainda serão analisados alguns casos concretos – julgados –, com a finalidade de levantar questões acerca das nuances e desdobramentos da interferência do Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais em situação de escassez de recursos. O objetivo não é criticar esta interferência, mas de apontar as consequências que as mesmas têm na própria efetivação destes direitos.

Não se trata simplesmente de garantir ou não a efetivação de direitos, mas de como será feita sem que outros direitos não sejam violados. O Estado deve efetivar para toda a coletividade e não apenas para uma parcela da população. Além disso, cabe à Administração Pública e ao Legislativo a escolha das alocações de recursos, cada um em sua função e limite, cabendo ao Judiciário apenas o controle.

Levantando os problemas, acredita-se que a efetivação dos direitos começa a ser pensada de maneira mais pontual e eficiente, não da maneira simplória e pouco produtiva que hoje é vista em todo o país. A realidade da escassez não pode ser empecilho para a efetivação dos Direitos Fundamentais, mas estes não serão realizados de maneira imediata, justamente por esta situação, em que não existem recursos suficientes para todas as demandas.

---

<sup>23</sup> PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>24</sup> ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 34.



## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS CHAMADOS PRINCÍPIOS

A compreensão das funções e motivações da Administração Pública perpassa pelo conhecimento dos seus princípios basilares, com a finalidade de se observar, além das funções, o próprio sentido do Estado<sup>25</sup>. Pautados na Constituição Federal, seriam os valores em que a sociedade utiliza na persecução de um Estado que atenda aos anseios sociais, às suas necessidades e às finalidades<sup>26</sup>.

Busca-se o Estado Social com a intenção da humanização do próprio Estado e do direito que se pauta nos valores considerados essenciais à existência digna<sup>27</sup>. Dessa forma, o papel da Administração Pública é também, e talvez principalmente, o de diminuir as desigualdades sociais e levar a toda coletividade o bem-estar social<sup>28</sup>. Por esse viés, almeja-se o bem comum que acaba por se confundir com o próprio conceito de interesse público, em breve destacado.

Estado é designado por coisa pública, pertencente à coletividade, sendo ele responsável pela organização social e utilizando de diversos mecanismos e instituições para o melhor desenvolvimento da sociedade<sup>29</sup>. Com a tripartição dos poderes/deveres, restou à Administração Pública a gestão dos recursos estatais, a fim de realizar as políticas públicas necessárias à construção de um Estado efetivo que atenda às demandas sociais da melhor forma possível<sup>30</sup>.

O Estado, ainda, pode ser definido como o exercício de um poder político, administrativo e jurídico, imposto aos indivíduos que habitam determinado território. E o direito é o enredo que traduz os valores sociais, econômicos, políticos e morais de determinado Estado, sendo crucial ao desenvolvimento deste que o utiliza também para garantir a uniformidade naquele território.

O direito como ciência humana é validado e construído pela interpretação e apreciação do homem; não é apenas uma letra fria de lei. Dessa forma, existem variáveis que se devem

---

<sup>25</sup> MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003

<sup>27</sup> SANTOS, B. S. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2000.

<sup>28</sup> BOBBIO, N. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

<sup>29</sup> ROUSSEAU, J.J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>30</sup> MELLO, C.A.B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006

observar, a exemplo de lugar e tempo, ou seja, a experiência local deriva aquele resultado teórico e o tempo histórico em que se está inserido.<sup>31</sup>

O Direito é traduzido em regras e princípios que são utilizados para garantir uma regularidade nas relações sociais. Nessas, estão inseridas as funções específicas que a Administração Pública tem para gerir a vida social como um todo, e, paralelamente, os princípios norteadores dessa função. Esses princípios são reflexo dos valores galgados pelo Estado, sendo representados como premissas de observação obrigatória.

Para a compreensão de toda a dissertação, será necessário traçar as funções administrativas e os princípios norteadores, principalmente o da legalidade e da eficiência, totalmente relacionados às escolhas trágicas e à efetivação das políticas públicas e direitos fundamentais.

## 2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS FUNÇÕES

O Estado tem como papel primaz organizar a sociedade, efetivando direitos constitucionalmente previstos. Dentre eles, estão os direitos fundamentais, que englobam todos os relativos à dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>. A realização destes direitos se dá através de políticas públicas e da destinação de recursos para as diversas áreas de abrangência, administradas pelo Poder Executivo e determinadas por previsões legais.

O Poder Executivo da famosa divisão dos poderes<sup>33</sup>, proposta por Montesquieu<sup>34</sup>, é a parte do Estado que tem a função de atender às necessidades da coletividade. É ela que organiza a administração do Estado em todas suas instâncias, realizando, ou tentando realizar, os direitos e as garantias previstos na Constituição Federal.

---

<sup>31</sup> BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

<sup>32</sup> SOARES, R. M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

<sup>33</sup> Existem controvérsias sobre quem apresentou essa divisão, sendo atribuída também a Jonh Locke.

<sup>34</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Enfim, a AP<sup>35</sup> “é um complexo organizativo predisposto pelo ordenamento jurídico, em especial pelo Legislativo, para realizar, de modo equilibrado e democrático, as finalidades traçadas pela Constituição”<sup>36</sup>.

O Direito Administrativo faz parte do Estado de Direito e se desenvolveu na ideia de ‘proteção aos direitos individuais’ diante do Estado, condição essa que serve de fundamento ao princípio da legalidade. Aquele direito também formou-se a partir da necessidade de ‘satisfação de interesses públicos’<sup>37</sup>. Nesse ponto, chancela-se à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, traduzidas pelo poder de polícia que se reflete nas limitações ao exercício dos direitos individuais em benefício do bem estar coletivo. Também existindo prerrogativas quando na sua atuação enquanto poder público, nos contratos e na prestação de serviços públicos<sup>38</sup>.

Para tanto, utiliza recursos públicos, arrecadados em grande parte através de tributos, distribuindo para as diversas áreas de trabalho, como saúde, educação, infraestrutura, saneamento básico, dentre outros<sup>39</sup>. Apesar de existir limitações para cada uma das áreas previstas nas leis orçamentárias, existe sempre uma margem de discricionariedade na alocação de recursos, conforme plataformas de trabalho dos diversos chefes do Poder Executivo.

Essas decisões são, além de administrativas, políticas, não podendo os demais Poderes interferirem, salvo se contrário à lei, ou realizados não obedecendo a finalidade pública, o interesse público<sup>40</sup>. A Administração Pública tem o dever de cumprir tais decisões, observando os princípios atinentes a ela, incluindo a legalidade e a eficiência, além de tantos outros. Não é apenas aplicar o dinheiro público, mas fazê-lo observando a finalidade pública,

---

<sup>35</sup> Abreviatura de Administração Pública utilizada por Onofre Alves Batista Júnior em sua obra “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa” (2012).

<sup>36</sup> BATISTA JÚNIOR, O.A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 74.

<sup>37</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

<sup>38</sup> VIEGAS, C. M. A. R. As Funções da Administração Públicas. 2011. **JusNavigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18614/as-funcoes-da-administracao-publica#ixzz3KCsSCbC6>> Acesso em: 25 nov. 2014.

<sup>39</sup> CARRAZZA, R.A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>40</sup> MEDAUAR, O. **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

de forma a se observar a proporcionalidade e a razoabilidade<sup>41</sup>. Entretanto, é nesse ínterim que se depara com um ponto nevrálgico: a atuação da Administração Pública de maneira eficiente, com toda a série de pormenores que a envolvem, a exemplo da legalidade e dos processos administrativos obrigatórios.

Dessa forma, compreende-se que a Administração Pública, observando quais os critérios preestabelecidos e quais as prioridades a serem cumpridas, precisa definir quais serão suas ações para o cumprimento das diretrizes gerenciais a ela destinadas. Referem-se às políticas públicas e a toda administração técnica das diversas estâncias e órgãos que a compõem.

Ela – Administração Pública – não é, diferentemente do que se pensa, mera “executora servil dos ditames da lei, merece ser vista como a gestora concreta do bem comum”<sup>42</sup>. Obviamente que existem limites legais para isto, mas a autonomia da AP não pode ser deixada de lado, principalmente por sua legitimação política, dada através das eleições.

Os recursos que financiam estas políticas públicas não são ilimitados, o que acaba por diminuir a capacidade de realização de todas as políticas necessárias para a efetivação de todos os direitos fundamentais<sup>43</sup>. Nesse ponto, está-se diante de uma dicotomia de difícil equação uma vez que se têm diversas necessidades e não se têm os recursos necessários para atendê-las em plenitude.

Nessa situação de escassez, o legislativo, diante de previsões orçamentárias, aprova leis que direcionam o orçamento público para atender às situações em que consideram de maior relevância ou necessidade. Teoricamente, por serem representantes do povo, essas escolhas seriam a tradução dos anseios deste, o que deixa as escolhas absolutamente legítimas.

Diante desse cenário, o Poder Executivo, observando as limitações legais, faz opções políticas com a finalidade, também teórica, de atendimento, mais uma vez, do que a sociedade deseja em uma situação em que se faz necessária a escolha de prioridades<sup>44</sup>. Há uma série de programas e ações que devem ser executadas, isso é um fato. Por outro lado, tem uma

---

<sup>41</sup> GRINOVER, A. P. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, A.P.; WATANABE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>42</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 73.

<sup>43</sup> GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

<sup>44</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

limitação óbvia que advém da falta de recursos para atendimento de todas elas, uma vez que os recursos são limitados.

Caberiam, sem dúvida, ao administrador público essas escolhas, não baseadas na sua vontade, mas nas necessidades e preferências preestabelecidas, contando com o bom senso e a competência daquele para definir o que é melhor. Assim, utilizando dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, deveria aquele fazer as opções que melhor seriam utilizadas na busca da efetivação das políticas públicas<sup>45</sup>, ou seja, uma ponderação.

## 2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios são parte integrante de todo direito. Não diferente também no direito administrativo, onde existem princípios basilares, alguns destes positivados. Dentre eles estão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos na Constituição Federal e supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros implícitos neste mesmo diploma legal.

Como diretrizes para a atuação pública, os princípios servem como parâmetros de atuação e também limitações para o próprio administrador público. Fundamentais em todo direito, não deixam de ser também fontes deste, sendo essa diretriz básica para qualquer ato ou função relacionada à gestão pública. “Os princípios constitucionais são contingentes, são conquistas, invenções ou construções do Estado constitucional moderno”<sup>46</sup>.

Os princípios constitucionais refletem a expressão jurídica dos valores fundamentais do ordenamento jurídico. São eles que informam materialmente as regras do sistema, indicando as diretrizes para as leis, atos e políticas públicas<sup>47</sup>. São estes valores que norteiam as escolhas administrativas e escalonam as necessidades prioritárias.

---

<sup>45</sup> GRINOVER, A. P. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.(Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>46</sup> NEVES, M. **Entre Hidras e Hércules** – princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 30.

<sup>47</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 87.

Também esses – os princípios – são fatores legitimadores das decisões administrativas, sendo obrigatórios para o “correto” exercício da sua função de gestão. Ao observar os princípios administrativos, está-se diante da perspectiva de legitimidade e legalidade<sup>48</sup>, sendo de fundamental inteligência para garantir as mínimas condições de aceitação das escolhas efetuadas pelos administradores públicos.

Será estudado de maneira pormenorizada os princípios da legalidade e eficiência. Para garantia de um entendimento amplo das limitações do próprio Estado na sua atuação, torna-se necessário entender que esses princípios compõem o sentido da própria existência da Administração Pública. Não se está diante de um gestor simplesmente, mas sim de um dever público de garantir uma administração que represente os anseios da sociedade e que possa representá-la.

Os princípios, portanto, são pontos imprescindíveis para que se tenha uma administração que considere as particularidades e atue com respeito a todas as necessidades sociais, respeitando sua participação política e necessidades públicas. Assim, entende-se como ponto nevrálgico da Administração Pública o interesse público.

Muito se fala do princípio da supremacia do interesse público como fundamental quando se trata da Administração Pública. Na verdade, esse seria mais que um princípio, uma prerrogativa, uma vantagem. Mais que isso, deve-se observar a indisponibilidade do interesse público quando desta análise, uma vez que esse seria o dever que ela tem em sempre se atentar a obrigatoriedade de atenção ao interesse público<sup>49</sup>.

Conceituar e delimitar o interesse público é um dos problemas mais difíceis de resolver quando diante de um aprofundamento da discussão sobre a Administração Pública. É um conceito indeterminado que se aplica em qualquer caso, salvo os flagrantemente observados no atendimento de interesses privados. Portanto, passa a ser essa argumentação vazia de fundamento já que por interesse público quase tudo pode ser incluído.

Tudo pode ser compreendido dentro do interesse público. Então, utiliza-se a técnica da exclusão, qual seja: o que não é interesse privado é interesse público. Essa concepção rasa não é benéfica ao direito, mas muito utilizada. Para essa apreensão, resta a necessidade de motivação dos atos administrativos para se “confirmar” a existência do “interesse público”.

Porém, quando se está diante de um Estado Democrático de Direito, o interesse público se torna conceito muito vago e não sendo seu objetivo real. O objetivo deste Estado é o bem

---

<sup>48</sup> ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>49</sup> MELLO, C.A.B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

comum, o cumprimento de sua finalidade social essencial. Bem comum, também conceito indeterminado, traduzido por anseios das gerações presentes e futuras<sup>50</sup>.

O princípio da impessoalidade é mais claramente delimitado. O Estado não pode administrar pra um ou outro, mas para toda a coletividade<sup>51</sup>. Precisa ser, então, isonômico, entretanto, muitas vezes, justamente para atender a isonomia, faz-se necessária uma política discriminatória, todavia não feita pensando em uma pessoa em especial, mas em um grupo indefinido. Se o Estado tem como função gerir o interesse da coletividade, não pode utilizar de seus recursos para beneficiar uma pessoa em especial, sendo sempre suas ações despersonalizadas.

Também se refere à impessoalidade de quem representa o Estado. Os seus agentes públicos, quando em suas funções públicas, representam-no, portanto agem em seu nome, não em nome próprio. Esse afastamento é importante não apenas para se atingir o ideal de coletividade, mas também e principalmente para a compreensão de uma dimensão menos pessoal da Administração Pública.

O princípio da moralidade está intimamente ligado ao da legalidade, “quando no exercício da função precípua, qual seja, a função administrativa”<sup>52</sup>. O entendimento da moralidade administrativa é determinado quando da análise do caso concreto, mas perpassa pela necessidade de boa-fé com a coisa pública sendo esticado até o viés da ética pública. Ao verificar as diferentes nuances e delimitações do conceito de moralidade, observa-se que se trata de conceito meramente hermenêutico, não tendo assim um conteúdo próprio.

Para entender melhor a moralidade administrativa, interessante análise do contexto social quando da explicitação do princípio na carta magna, entendendo como base teórica para construção e aprimoramento da própria administração pública<sup>53</sup>. A moral está presente desde o momento em que existe convívio social. As relações humanas precedem de características mínimas para um convívio no mínimo pacífico, e a moral é um destes elementos. Partindo dessa premissa, não dá para afastar a moralidade de nenhuma relação humana, incluindo nesta a relação Estado-cidadão, ou entre Estados, uma vez que é pautada na relação entre homens.

---

<sup>50</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 77.

<sup>51</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>52</sup> ZOCKUN, C. Z. Princípio da Moralidade – algumas considerações. In: PIRES, L.M.F et al. (Org.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 40.

<sup>53</sup> BARBOZA, M. N. **O Princípio da Moralidade Administrativa** – uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Com o passar dos anos, a necessidade de se positivar as regras sociais foram marcantes nas diversas nações, incluindo o Brasil por óbvio, sendo esse trazido nessas regras de conduta, muitas com conteúdo indefinido, mas que tinham uma importância significativa para o bom convívio social. É o caso claro da moralidade administrativa em que se observa a necessidade de se ter uma relação de responsabilidade e lealdade com a coisa pública, aqui abrangendo os seus aspectos mais intrínsecos<sup>54</sup>.

Os princípios, *a priori*, possuem conteúdo mais amplo, sendo quase sempre conceito indeterminado. Em especial, o princípio da moralidade possui uma elasticidade hermenêutica muito maior, pois é derivado de um instituto que já é altamente instável. Sendo assim, pode-se dizer que a moralidade, ainda mais que muitos princípios, incluindo o próprio conceito de interesse público, deve ser tratada observando efetivamente o caso concreto.

Para finalizar o breve passeio pelos princípios administrativos, não se pode deixar de tratar da proporcionalidade e da razoabilidade. Quando se fale em proporcionalidade, remete-se à ideia de quantidade, de justa medida, de equilíbrio. Por meio desse princípio, torna-se possível analisar a proporção entre causa e efeito do ato, entre os meios e os fins, ou seja, existe nela uma relação de causalidade, com a mensuração da adequação, da necessidade e da compatibilidade<sup>55</sup>.

A proporcionalidade se destina ao controle de decisões que ultrapassam os limites do que se considera adequado. Ela se traduz na limitação dos direitos fundamentais (sentido negativo), e também na proteção, pelo Estado, dos bens jurídicos de maneira eficiente (sentido positivo)<sup>56</sup>. Ao utilizar a proporcionalidade, o Estado não deve agir nem com demasia, nem de modo insuficiente na consecução de seus objetivos<sup>57</sup>. O exagero, tanto pra mais quanto pra menos, é violação a proporcionalidade.

Já a razoabilidade é o agir dentro dos padrões normais de aceitabilidade com licitude, bom senso, moderação e coerência; sendo utilizado na aplicação da igualdade, ou seja, exige uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória<sup>58</sup>. Assim,

---

<sup>54</sup> FREITAS, J. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>55</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 146.

<sup>56</sup> TRINDADE, J. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 17 nov. 2014.

<sup>57</sup> SARLET, I. W. **Constituição e Proporcionalidade**. Revista de Estudos Criminais, vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003, p. 111.



muito se assemelham os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, normalmente sendo utilizados de maneira conjunta.

Como junção de todos esses princípios, existe ainda o princípio da boa administração pública, que seria uma interpretação sistemática do Direito Administrativo, norteadas pela ideia ordenadora da vinculação aos direitos fundamentais, entendido como o direito à administração pública eficiente e eficaz, cumpridora de seus deveres, com transparência, participação social, motivação, impessoalidade, moralidade e responsabilização por suas condutas<sup>59</sup>.

A utilização dos princípios administrativos, portanto, é elemento necessário para a boa administração, pautada esta no respeito às regras constitucionais e valores sociais que garantam uma atuação isonômica e justa.

### 2.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é considerado um princípio basilar do direito administrativo. Por seu caráter específico e fundamental, é sempre utilizado quando diante da atuação do Estado, tendo uma formatação especial para estes casos. O entendimento da legalidade é primordial para qualquer análise do papel da Administração Pública, compreendendo os contornos fundantes, bem como sua relação com os demais princípios pertinentes à matéria.

Primeiramente, faz-se necessário o entendimento da legalidade em toda sua extensão para que depois se analise as especificidades dela na atuação estatal. O Estado como representante da coletividade, responsável pela efetivação das garantias legais, utiliza deste princípio com a intenção de garantia da segurança jurídica<sup>60</sup>.

A segurança jurídica é imprescindível para assegurar a ordem social e a aplicação das políticas públicas necessárias trazidas na Constituição Federal. Nessa perspectiva, a legalidade norteia não apenas as ações estatais como também as finalidades dessas ações e toda a funcionabilidade da sociedade como um todo.

---

<sup>58</sup> ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

<sup>59</sup> FREITAS, J. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>60</sup> ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

Um ponto interessante sobre a segurança jurídica é que ela é observada do ponto de vista do indivíduo e não do Estado<sup>61</sup>; por isso, representa uma proteção ao cidadão e tem uma importância potencializada quando no Direito Administrativo, sendo peça imprescindível nessas relações. Ocorre que a legalidade em si não é elemento suficiente para isto uma vez que trata de uma hipótese que somente pode ser confirmada quando diante de um caso concreto.

### *2.2.1.1 O princípio da legalidade: contornos fundamentais*

O Princípio da Legalidade é uma garantia constitucional, traduzida de duas formas: na liberdade de fazer tudo o que se quer, apenas observando o que a lei não proíbe; e a legalidade administrativa que está relacionada à necessidade de observância ao previsto na lei, não sendo dada à administração pública a possibilidade de agir sem a existência de uma previsão legal.

Ao falar da segunda hipótese, se está diante do previsto no art. 37, caput da Constituição Federal, no capítulo que trata da Administração Pública. Trata-se do respeito e observância ao que está normatizado, ou seja, previsto em lei ou quem faz as suas vezes, entendendo que vivemos num estado democrático de direito. Por esta razão, talvez se afaste do próprio sentido de princípio em si, mas um veículo que garanta a segurança jurídica.

Quando diante do princípio da legalidade *lato sensu*, apenas se pede a observância à lei, não sendo vedado o que não está positivado, ou seja, se não existe lei que proíba, permitido o é. Quando se fala em Administração Pública, porém, a legalidade ganha uma dimensão mais restrita, sendo possível a atuação do Estado apenas dentro do que é previsto nas normas legais<sup>62</sup>.

Esse pode parecer um simples detalhe, mas faz muita diferença, uma vez que interfere diretamente nas possibilidades de atuação do Estado, sendo este impedido de atuar livremente, sempre observando o que está previsto em lei. Por outro lado, parece saudável e essencial para a segurança jurídica, visto que não existirá surpresa na atuação dele, sempre previamente autorizado pela norma positivada. Mas como isso está baseado apenas numa

---

<sup>61</sup>RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 416.

<sup>62</sup> MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

hipótese, a solução legal, muitas vezes, acaba não sendo a mais adequada, necessitando não da lei em si, mas de uma ponderação.

A legalidade hoje não apenas compreende a relação de poder com a lei estabelecida – que somente pode ser medido dentro dos limites do direito positivado. Vai mais além, sendo a compatibilidade com o sistema de valores que a sociedade elegeu como ideias – representados em grande parte pelos princípios<sup>63</sup>.

Nas duas situações, a legalidade é entendida como norte, orientação dos que a sociedade entende como justo, ideal, valoroso, ético. Pensando assim, não se pode deixar de compreender sua existência da legalidade confundida com a própria existência do direito, entendendo o mesmo de maneira a englobar não só a lei *stricto sensu* como toda dimensão legal e social, mas vai além.

Quando se trata da legalidade administrativa, porém, está-se diante de um cenário mais restrito, com menos flexibilidades, pelo menos *a priori*. Mas isto não significa engessamento ou robotização do agente público, liberando-o assim de qualquer responsabilização ético-jurídica. Nem tão pouco uma liberdade de atuação do Estado na esfera política sem nenhum controle, pela impossibilidade de tutela judicial, uma vez que a Administração Pública é poder independente e tem a liberdade de decidir sua atuação enquanto gestor<sup>64</sup>. Nenhum desses extremos se aplica à situação em questão. Isto porque este sistema não se mostra autorregulável por inteiro, uma vez que não se vincula apenas à legalidade, mas também aos princípios existentes nas relações jurídico administrativas<sup>65</sup>.

### 2.2.1.2 O princípio da legalidade para o administrador público

Sobre a legalidade no direito administrativo, não há muito que se questionar, *a priori*, uma vez que claramente se deve observar a previsão legal autorizando a atuação estatal, caso contrário esta se faz proibida. Tanto que muitos entendem esse princípio como subordinação à lei, sendo específico do Estado de Direito. Feito dessa forma, visto que se entende que o

---

<sup>63</sup>RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 409.

<sup>64</sup>ROCHA, C. L. A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

<sup>65</sup>FREITAS, J. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.13-4.

“povo”, enquanto detentor do poder e do direito, deverá definir como será a atuação dos seus administradores, assim, predefinindo-a através de leis.

Verificando estes pressupostos de maneira lógica, não existe nenhuma incoerência, se permitido, pode, se não expressamente permitido, não. Mas, na prática, quando absorvido num contexto, o sentido se dispersa se o que estiver previsto em lei não for a opção mais acertada. Assim, existe uma necessidade premente de interpretação da legalidade respeito à norma e não à lei e existe uma diferença pontual nisso.

Sem entrar na discussão sobre o tema, já largamente discutido na doutrina brasileira, não se pode deixar de compreender a extensão da norma, que engloba muito mais que simplesmente regras, como é o caso das leis. As regras são normas descritivas, aplicadas na modalidade tudo ou nada, por isso estão diretamente relacionadas a algo seguro e estanque. Como os princípios são mais amplos, são verificados quando ponderados, o que torna sua atuação talvez menos previsível (à primeira vista), porém mais assertiva quando da busca da melhor solução<sup>66</sup>.

A legalidade não se refere, ou não deveria, apenas à legalidade restrita, qual seja, a lei, e sim da juridicidade administrativa que inclui a aplicação de todos os princípios constitucionais, tanto os explícitos quanto os implícitos. Assim, quando se está diante da legalidade, também inclui a correta observância de qualquer dos princípios relacionados, se os mesmos estão ou não observados no caso concreto<sup>67</sup>.

A legalidade é compreendida de maneira *lato sensu* com a inclusão de todo arcabouço normativo. Mas quando se trata de administração pública, é fato que este conceito ainda se restringe às previsões expressas, com diagnósticos específicos para situações diversas, existe apenas certa margem de discricionariedade para determinados atos. As leis (e as derivações permitidas) determinam quais caminhos possíveis terá o Estado nas relações previamente estipuladas.

Esta legalidade então é a completa subordinação do administrador à lei, modernamente mitigada pela pura inviabilidade de todas as situações possíveis estarem expressamente delimitadas previamente, engessando assim a própria operacionalização da administração

---

<sup>66</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>67</sup> PANCOTTI, J.A. **Inafastabilidade da Jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa**. São Paulo: LTR editora, 2008.

pública<sup>68</sup>. O espaço da legalidade começa a sofrer desgastes uma vez que põs a dimensão jurídico-positiva dela esta fragilizada, apontando por um maior ativismo e protagonismo dos na aplicação e construção do Direito<sup>69</sup>.

Isto ocorre porque a lei é insuficiente e ineficaz para as novas necessidades coletivas e interesses contraditórios exigidos nos últimos tempos de maneira cada vez mais urgente<sup>70</sup>. Por essa razão, muitos teóricos ampliam essa legalidade, não sendo apenas a observância restrita à lei em sentido estrito.

Por óbvio, nesse contexto, os princípios devem ser incluídos como elementos da legalidade, principalmente os expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Assim, não só a legalidade, mas todos os demais princípios elencados como impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência devem ser fielmente verificados em todos os atos administrativos, sob pena de incorrer no não atendimento ao princípio da legalidade.

Quando do controle judicial de legalidade, observa-se isso claramente. Isto é, se eles estão ou não sendo respeitados no caso concreto, não confundindo com o que se entende por espaço para a discricionariedade. Essa seria a pequena parte que caberia exclusivamente à Administração Pública. Mas, também a discricionariedade é mitigada, uma vez que ele não é um “papel em branco” para a atuação Estatal, que tem que, obrigatoriamente, respeitar os princípios aqui tratados.

Sendo assim, ainda há situação que se entenda o ato como discricionário; a legalidade está absolutamente presente em qualquer que seja a atividade administrativa, sendo vedadas escolhas que não respeitem as normas pertinentes à Administração Pública, nessa toada, estão inclusos os princípios. Ocorre que, ainda que seja a base da AP, o princípio da legalidade, muitas vezes, entra em colisão com outros princípios também basilares do direito administrativo. Assim, qual seria a extensão desta legalidade?

Nesses casos, o que se ainda percebe, mesmo hoje com a ponderação de princípios sendo uma constante no direito, é uma necessidade de se observar sempre a legalidade como *prima facie*, adstrita à lei. Então, a ponderação de princípios, quando se está diante da legalidade para a AP ainda encontra resistência em ser concebida, observando o novo paradigma legislativo, com a percepção da sua relação com a norma e não com a lei.

---

<sup>68</sup> ROCHA, C.L.A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

<sup>69</sup> OTERO, P. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2003.

<sup>70</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

O princípio da legalidade está intimamente ligado à segurança jurídica<sup>71</sup>, aparecendo como dever maior da AP, sendo assim, a base de sustentação da segurança jurídica e, conseqüentemente, do Estado de Direito. Por essa razão, torna-se difícil visualizar qualquer interação do Poder Público que não tenha como escopo a lei, ainda que esteja diante de alterações fáticas que necessitem de ponderação.

Não se pode deixar de assinalar que a legalidade ainda é a pedra de toque do direito administrativo, tendo a sua mitigação encontrado resistência na doutrina clássica, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>72</sup>, que somente considera os demais princípios se subordinados à existência da legalidade estrita.

Resta claro que o princípio da legalidade ainda é considerado por muitos como princípio indispensável, não podendo ser mitigado, mesmo com a ponderação de princípios tão fortemente defendida no direito mais moderno. Mostra-se pontual ter a legalidade como fundamental, mas também se faz necessário ampliar o seu sentido, compreendendo-a como norma e não lei, podendo ser esta última mitigada para a sobreposição de uma norma mais adequada.

### **2.2.2 Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência, posteriormente elencado no rol dos princípios constitucionais explícitos através da Emenda Constitucional nº 19/96, trata da utilização dos recursos de maneira menos onerosa e com mais qualidade. Tal princípio envolve uma série de outros elementos, como a economicidade e a relação meio e fim com a observância da produtividade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Dessa forma, a definição do conceito de eficiência perpassa pela delimitação de uma série de outros conceitos, deixando claro que os objetivos propostos devem constar expressos ou previamente sabidos.

A eficiência, com suas origens não jurídicas, representa uma obrigatoriedade em trabalhar com qualidade, com a finalidade de alcançar determinado efeito desejado, dando

---

<sup>71</sup> MELLO, C. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>72</sup> Ibid.

bons resultados. Mas para tanto, é necessário que se tenha uma relação/razão entre esforço e resultado, entre custo e benefício, a fim de conseguir mais por menos recursos financeiros<sup>73</sup>.

“O Princípio da Eficiência, assim, determina que o Administrador Público, tanto quanto possível, escolha os melhores meios para a consecução de um determinado resultado pretendido”<sup>74</sup>. E essa escolha parte da consciência e das habilidades do Administrador Público, que tem como obrigação a escolha da melhor opção, ou seja, a que atenda a eficiência no caso concreto.

Salienta Marcelino Junior<sup>75</sup> a confusão entre os conceitos de eficiência, atrelada aos meios, com o conceito de efetividade, relacionada aos fins. Delas se destacam a efetividade estatal que se aproxima da efetividade social, serviços públicos de qualidade e amplos além da implementação dos direitos fundamentais. Porém, ele apresenta uma crítica uma vez que considera o Estado eficiente, o estado mínimo, que menos interfere e protege os direitos fundamentais como responsabilidade de realização estatal.

A efetividade seria a manifestação externa à organização do que foi gerado dentro dela, sendo, então, a busca da satisfação das necessidades do cidadão e do bem comum<sup>76</sup>. É a verificação dos direitos de maneira real, sem subterfúgios, da maneira mais perfeita possível.

É certo que cada vez mais se exige um Estado que otimize suas ações de maneira adequada a realizar os fins esperados pela sociedade, posto que se está diante de um Estado Democrático e Social, que é tanto fomentador como executor de prestações de serviços coletivos essenciais<sup>77</sup>.

A eficiência administrativa é uma norma dotada de imperatividade material e, nos Estados Democráticos de Direito, reflete um mandamento de otimização. Não é uma atuação mediana, mas uma atuação ideal, que respeita o conteúdo de maneira mais breve e econômica possível. Nesses casos, a Administração Pública tem a obrigatoriedade de satisfazer as

---

<sup>73</sup> BATISTA JÚNIOR, O.A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 91-3.

<sup>74</sup> SANTOS, L. R. B. S. Princípio da eficiência e princípio da legalidade. Relação no controle de atos da administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3312, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22304>>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>75</sup> MARCELLINO JÚNIOR, J. C. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 188.

<sup>76</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 94.

<sup>77</sup> MODESTO, P. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Redae**. Salvador, nº 10, maio/junho/julho 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>> Acesso em: 10dez. 2014.

necessidades e interesses sociais, econômicos e culturais de toda coletividade. Mas, nesse caso, o valor da igualdade também é central, onde a AP tem que utilizar os meios e recursos para melhor satisfação possível do bem comum e não individualizado<sup>78</sup>.

Ser eficiente não significa ser, simplesmente, econômico. É também preferir a melhor qualidade, quantidade, em toda a complexidade necessária para ser “a melhor opção”. A eficiência seria, portanto, o meio ideal e que observa a economicidade, a proporcionalidade, a razoabilidade, a ética para a atuação estatal. Não estaria este princípio chancelando a efetividade social simplesmente porque não traria nele os meios de obtenção da melhor ação.

Isso não significa, porém que a eficiência é avessa à efetividade social, mas não é sinônimo. O Estado continua tendo a obrigação de efetivação dos direitos fundamentais, mas não é derivado o princípio da eficiência e sim da própria estrutura estatal do estado democrático de direito. A eficiência aparece como um acréscimo (ou forma única?), onde melhora a relação entre Estado e direito.

Pode-se entender que, aqui, está-se diante de um caso típico de discricionariedade, mas, na verdade, está-se diante de um caso de vinculação não considerando a eficiência nesse bojo. Escolhendo uma opção menos eficiente, não estará o Estado cumprindo corretamente a sua função simplesmente porque não estaria de acordo com o interesse público.

O interesse público engloba uma atuação do Estado mais eficiente. Não havendo eficiência, principalmente numa realidade de escassez, não estrita à AP, cumprindo sua melhor função. Assim, numa situação em que se está diante da obrigatoriedade de alcançar o interesse público, por óbvio, deverá estar presente a eficiência<sup>79</sup>.

O princípio da eficiência não é exclusivo do Brasil, apesar de nem sempre está traduzido como eficiência, muitas das constituições o apresentam como uma boa administração, produtividade, maximização de riqueza, a maioria delas voltadas à análise econômica do direito<sup>80</sup>. Isso porque o direito não é algo isolado. Sua relação interdisciplinar é evidente, nesse caso, está intimamente ligada à economia e à realização do direito, respeitando todo um contexto que também engloba o respeito e a ponderação baseada em valores econômicos.

---

<sup>78</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 90.

<sup>79</sup> Ibid..

<sup>80</sup> MARCELLINO JÚNIOR, J. C. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 195.



“O princípio da eficiência, em sua concepção moderna, representa a preocupação em fundir conceitos de Economia ao Direito, a partir do movimento conhecido como “análise econômica do direito”<sup>81</sup>. Esta perspectiva se faz presente e necessária uma vez que as decisões judiciais tem repercussão econômica, incluindo e principalmente quando relacionada a Administração Pública.

Ele precisa está intimamente relacionado à produtividade e à maximização de riqueza, mas não deve apenas se prender a isto porquanto é obrigatório o respeito aos demais princípios administrativos. Ainda assim, deve-se sempre observar a eficiência, respeitando todo arcabouço principiológico, bem como a análise do caso concreto é fundamental para essa ponderação.

Fala-se em produtividade quando numa situação de escassez, em que se deve satisfazer os interesses mais relevantes da melhor maneira possível, sendo exigido que os recursos sejam despendidos minimamente em contrapartida de um rendimento maior possível. Seria a maximização dos resultados com a minimização do emprego desses recursos escassos<sup>82</sup>.

Os recursos deverão ser aplicados de tal forma em que se possa ter atendido à maior quantidade de direitos necessários e possíveis<sup>83</sup>. Acrescenta-se aqui, também, a relação entre esses e o tempo. Quando da eficiência, a celeridade se faz presente sendo objetivo incorporado à ideia. Então, não adiantaria apenas o custo e o benefício, mas também estes num menor tempo possível, a fim de alargar o grau de satisfação de quem recebe o serviço público.

Percebe-se, portanto, que a eficiência não é elemento simples e desprezioso num universo de tantas demandas como se verifica no Brasil. Não é apenas um acessório como muitos pretendem apresentar, mas um verdadeiro núcleo de racionalidade para o fiel cumprimento das funções da Administração Pública. Esse princípio é imprescindível para a caracterização do próprio sentido do que vem a ser gestão pública dado que prioriza a melhor atuação do Estado.

Também fielmente ligados à eficiência, estão a proporcionalidade e a razoabilidade. A primeira trata do custo-benefício, seria a personificação da própria eficiência. É um exame intrínseco da norma, analisando e verificando a medida da própria finalidade dela (informação

---

<sup>81</sup> DIAS, J. A. **Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 109.

<sup>82</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 183.

<sup>83</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

informal)<sup>84</sup>. É uma tradução efetiva do que se descreveu como eficiência até o presente momento.

Já a razoabilidade trata da expectativa da sociedade em relação à própria norma. O que se esperaria de determinada norma, sendo relacionada à segurança jurídica. Como se trata de expectativa, trata-se também da própria tradução dos valores sociais representados pela normatização do que a sociedade entende como ideal.

A razoabilidade seria a qualidade de tudo o que pode ser logicamente plausível. É associado ao bom senso, moderação, sensatez, traduzindo uma racionalidade que siga uma perspectiva em conformidade aos padrões comuns. Os atos administrativos e as leis, portanto, devem-se manter dentro dos parâmetros autorizados pelo próprio sistema jurídico, que faz parte dos valores sociais<sup>85</sup>. Percebe-se que o princípio da eficiência não é um princípio acessório, muito menos algo simples. A complexidade de seu alcance e os pormenores de sua atuação acabam mostrando ser esse um dos caminhos principais para uma atuação estatal de qualidade e que respeite o interesse público, principalmente diante da escassez de recursos.

Uma crítica ao princípio da eficiência é o fato de que pode tornar a atuação estatal mecanizada, traduzindo a sua atuação em produtividade numérica e otimização dos gastos. A análise econômica do direito é fundamental, mas a atuação estatal vai além de controle de gastos, os quais devem ser realizados de maneira mais controlada possível, mas o interesse público não pode deixar de ser observado, de ser efetivado. “Eficientismo técnico-produtivo calçado na celeridade e na produtividade”<sup>86</sup> não é o modelo de administração que seja buscado pelos princípios constitucionais da Administração Pública.

Assim, faz-se importante que se perceba que o real sentido do princípio da eficiência é a realização de todas as obrigações da Administração Pública, incluindo os direitos e garantias fundamentais, sem deixar de observar a coerência entre esta finalidade e os meios de atuação. A economia deverá estar presente na atuação estatal como a sociologia, a filosofia, a antropologia e todas as ciências necessárias e fundamentais para se entender e compor um cenário político-social que é a sociedade democrática<sup>87</sup>. O direito é também parte fundamental

---

<sup>84</sup> Aula ministrada pelo Professor Dr. Celso Castro sobre Direito Administrativo Econômico no curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 05 de junho de 2013.

<sup>85</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 144.

<sup>86</sup> MARCELLINO JÚNIOR, J. C. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 195.

<sup>87</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

na realização desses ideais que são trazidos e traduzidos nas leis pátrias e, principalmente, na Constituição Federal.

A colocação do princípio da eficiência como ‘vilão’, sendo interpretado por quem o condena como meio de mecanização estatal proveniente da necessidade de controlar gastos, vai de encontro à realidade fática da escassez de recursos. O princípio da eficiência vem para garantir que se respeite a função estatal de efetivação da constituição através de políticas públicas da melhor maneira possível<sup>88</sup>. Para isso, faz-se necessário compor os elementos que são trazidos pela eficiência, dentre eles a economicidade.

Por sua complexidade e aproximação com o interesse público, a eficiência é o norte obrigatório para o Estado de forma geral. Não se trata apenas da Administração Pública, mas de todos os poderes que precisam da eficiência como elemento propiciador de uma melhor atuação e persecução dos interesses sociais. “Eficiência e justiça são duas exigências basilares do Estado (eficiente) de desiderato social, que pede e exige, ainda, em face da pluralidade da realidade, um adequado temperamento com a exigência de segurança”<sup>89</sup>.

O Estado justo, numa realidade de desigualdade e recursos limitados, precisa da eficiência para alcance do que minimamente se aproxima da justiça. Não se pode deixar a cargo da sorte, numa infinidade de demandas, atuações sem que a eficiência seja a força motriz. Seu significado ganha cada vez mais proporção e importância justamente pela percepção que os reduzidos recursos não comportam a excessiva demanda que se tem.

Sem a eficiência, o conceito de interesse público se esvazia. É importante a efetivação dos direitos e garantias, mas esses demandam orçamento, e este sempre está abaixo do necessário. Então, a utilização da eficiência é a forma de melhorar a equação entre as necessidades e os recursos, possibilitando uma maior efetivação dos direitos dentro da realidade de escassez que se vive.

### 2.3 ENTRE A LEGALIDADE E A EFICIÊNCIA

Os princípios do direito são norteadores de todo regramento jurídico brasileiro. Os princípios, porém, não são excludentes, *a priori*, pelo contrário, são cumulativos de aplicação

<sup>88</sup> GABARDO, E. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>89</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 233.

imediate e extensiva. No entanto, não se pode deixar de observar que, em algumas vezes, nos casos concretos específicos, eles se colidem, necessitando da escolha de um em detrimento da mitigação de outro. “A defesa de um estado ideal de coisas para um princípio pode significar o sacrifício absoluto de outro”<sup>90</sup>.

Em algumas situações, os princípios podem entrar em conflito, sendo, nesses casos, resolvido através da ponderação dos valores envolvidos na questão, sendo essa uma realidade no direito contemporâneo, em razão de, quando em um caso concreto, muitas vezes não se tem como realizar, em igualdade de condições, todos os princípios. Então, como são hierarquicamente iguais, um princípio só se sobrepõe a outro em determinada circunstância, sendo em outra passível de inversão.

Quando se está diante de um caso concreto, normalmente necessário, faz-se a utilização de critérios para relativização de algumas normas ou princípios em detrimento de outras. Isso é muito comum quando se está diante de princípios igualmente fundamentais, a exemplo dos já tratados como imprescindíveis à Administração Pública.

Entendendo princípios como conceitos indeterminados, vale observar que somente podem ser realmente verificados em sua extensão no caso concreto. Perelman entende que não basta a existência de princípios de caráter genérico para a fundamentação de decisões judiciais tão-somente, é preciso também escolhas corretas bem como as devidas interpretações, assim aplicando-os de maneira justa nos casos concretos<sup>91</sup>.

Dworkin salienta que, diferenciando princípio de regra, percebe-se que as regras possuem uma dimensão de validade, e os princípios possuem uma dimensão de peso. Dessa forma, diferente das regras os princípios podem ser sopesados, quando em colisão<sup>92</sup>. Robert Alexy também trata da ponderação dos princípios. Para ele, os princípios são verdadeiros mandados de otimização. Em relação às regras, enquadra estas como normas que são cumpridas ou não cumpridas. Os princípios possuem dimensões de peso, tendo uma superioridade relativa em relação às regras<sup>93</sup>. Quando estes princípios entram, colidem entre

---

<sup>90</sup> NEVES, M. **Entre Hidras e Hércules** – princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 31.

<sup>91</sup> PERELMAN, C. **Tratado da Argumentação** (A Nova Retórica). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>92</sup> DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>93</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

si, “se resolve a partir de uma cessão de um princípio em relação a outro, em que o princípio cedente possui peso menor do que o princípio precedente”<sup>94</sup>.

A ponderação dos princípios, para Alexy, é o exame da proporcionalidade, verificando o núcleo essencial para a ocorrência da otimização destes quando diante dos conflitos entre princípios no caso concreto. É o próprio mandamento de ponderação, elemento primordial cada vez mais dos dias de hoje. Este breve entendimento sobre ponderação de princípios é imprescindível para o entendimento dos princípios da eficiência em detrimento da legalidade, e vice-versa, quando relacionado à Administração Pública.

Não se pode deixar de observar que a colisão de direitos fundamentais é uma batalha de direito contra direito, ambas válidos e justos. As duas partes do conflito possuem argumentos de peso e previsão legal, mais ainda, constitucional<sup>95</sup>. À primeira vista, ao menos, não se teria a prevalência de um princípio ou outro, salvo na concretude da situação.

Considerando o Princípio da Eficiência e a sua relação com o Princípio da Legalidade, quando verificado no controle de atos da Administração Pública, destaca-se certa dificuldade, dado que o princípio da eficiência raramente é utilizado como fundamento principal para o controle de atos da AP, não só quando se verifica a jurisprudência como também analisando a doutrina que trata do tema<sup>96</sup>.

Comumente se argumenta que a eficiência é verificada apenas num plano abstrato, não sendo identificado se ocorre por ser esse acrescido constitucionalmente *a posteriori* ou por sua abstração, em razão de que é um conceito indeterminado com a necessidade absoluta de análise quando do caso concreto. Sendo muitas vezes visto como meta, a eficiência tem seu valor relativizado, o que deixa dúvidas se existe ou não possibilidade de ponderação quando em relação à legalidade.

Assim, utilizando como premissa a possibilidade de mitigação pela ponderação de princípios, seria ou não possível, em determinadas circunstâncias, a legalidade ser afastada, em prol da eficiência, mediante a aplicação de uma interpretação e análise do caso concreto?

---

<sup>94</sup> CALDAS, I. L. D. A. A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10617](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617)> Acesso em: 17 nov. 2014.

<sup>95</sup> MARMELSTEIN, G. A Difícil Arte de Ponderar o Imponderável: Reflexões em Torno da Colisão de Direitos Fundamentais e da Ponderação de Valores. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; CARBONELL, M. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

<sup>96</sup> MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. Ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

Aprioristicamente não poderia, porquanto o Princípio da Eficiência não pode ser concebido, salvo relacionado intimamente ao Princípio da Legalidade. Celso Antonio Bandeira de Mello entende que a busca por uma suposta eficiência jamais poderia justificar a postergação do dever da Administração Pública pela legalidade<sup>97</sup>. Então, para ele, a legalidade seria condição suprema, preponderante sempre.

Mas muitas vezes pode se resolver de maneira menos radical, entendendo que tal divergência pode ser sanada através da valorização dos elementos finalísticos da norma<sup>98</sup>, como a compreensão da legalidade como normatividade. O ideal é cumprir a norma sempre, principalmente por está relacionado à própria segurança jurídica. Assim, respeitando essa premissa, deve-se, dentro de todas as alternativas existentes, sempre optar pela mais eficiente. Por sua aproximação quase absoluta com a segurança jurídica, a legalidade é sempre considerada *a priori*.

Observa-se que a segurança jurídica é repetidamente trazida como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, principalmente quando associada à legalidade em seus diversos dispositivos constitucionais. Também integra os elementos nucleares da noção desse Estado de Direito requerido na Constituição Federal de maneira indissociável. Assim, a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano: a dignidade da pessoa humana<sup>99</sup>.

Difícilmente, conseguir-se-ia corer para o afastamento da legalidade em detrimento do que quer que fosse, ainda que a eficiência; esta é o ideal dos atos administrativos, o próprio interesse público, no entanto, a legalidade é elemento imprescindível. Pode ser válido o ato ineficiente, mas o ilegal não pode. Ao menos este é o entendimento majoritário, porque não dizer totalitário dos que estudam o Direito Administrativo. Por essa percepção, renegando a segundo plano a eficiência, tem-se um abismo entre princípios que deveriam ter o mesmo peso por sua forma normativa. Não é o que acontece.

---

<sup>97</sup> Id. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>98</sup> ARAGÃO, A. S. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, **Instituto Brasileiro de Direito Público**, nº. 4, nov-dez, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae.asp>>. Acesso em: 06 de novembro de 2014.

<sup>99</sup> SARLET, I. W. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**: n. 32 – out./nov./dez., 2012. Salvador/Bahia/Brasil. ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>> Acesso em: 05 jan. 2015.

Batista Junior<sup>100</sup> entende que poderia ser considerada materialmente inconstitucional a lei que ferisse o princípio da eficiência de maneira comprovada com toda certeza todos os casos concretos. Isso porque o princípio da eficiência é reflexo latente do interesse público, afastando também este nestes casos. Mas, observe que ele deixa claro que deveria ser algo extensivo e notório, com comprovação, uma situação limite.

Não é porque está descrito em lei que é necessariamente eficiente. Algumas vezes, a lei pode trazer mandamentos que causem a ineficiência administrativa e seria esta inconstitucional pelo ferimento ao princípio da eficiência. Não sendo ato discricionário a inconstitucionalidade aconteceria não pela escolha da Administração Pública, mas pela vinculação legal, pela essência da lei.

Importante salientar que a Administração Pública não pode, *a priori*, deixar de aplicar uma lei por ela ser inconstitucional pelo ferimento ao princípio da legalidade. Mas o poder judiciário pode afastar uma solução legal por esta mesma razão, não ferindo assim a segurança jurídica<sup>101</sup>.

Assim, os mandamentos de otimização e eficiência parecem ser afastados da sua definição de princípio uma vez que não podem ser utilizados como motivação da inconstitucionalidade perante lei ineficiente. Se isso ocorre, ela acaba por contrariar o interesse público. Este enrijecimento acaba por preferir a ineficiência à legalidade, o que parece ser completamente absurdo em um mundo de escassez.

Trazendo a proporcionalidade<sup>102</sup> e a razoabilidade como elementos da eficiência, abre-se o leque de possibilidades em relação a essa ponderação. Esses “princípios” seriam mais elementos intrínsecos da norma que propriamente princípios. As normas precisam não apenas existir, como também serem aceitas como “corretas” e esperadas (segurança jurídica) e terem o melhor custo-benefício possível, a fim de serem eficientes.

Analisando esses aspectos, observa-se que a eficiência não se trata efetivamente de um princípio, mas de uma “forma” da norma, está intrínseca a ela, sendo a própria razão de ser

---

<sup>100</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 265.

<sup>101</sup> Ibid., p. 253.

<sup>102</sup> FREITAS, J. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

dela<sup>103</sup>. Não há que se falar em norma se esta não for eficiente, nem em Administração Pública da mesma maneira. Por esta razão, não seria um princípio ponderável.

Não há que se afastar a eficiência em nenhum momento porque ela faz parte da própria tradução da norma, da sua essência<sup>104</sup>. Interessante que todos os autores que tratam da eficiência relacionada à legalidade afirmam que por sua importância no direito administrativo, a legalidade é sempre preferida à eficiência<sup>105</sup>; todavia, esse entendimento está completamente defasado, não coadunando com o direito contemporâneo.

Dessa forma, o que se pretende garantir não é a legalidade, mas a segurança jurídica, ainda que esteja condicionada à ineficiência administrativa<sup>106</sup>. Portanto, como crítica a essa perspectiva, o Estado não pode ter a eficiência como fundamento posto que ela sempre é compreendida como complemento ou acessório. Mas isso pode ser alterado, se for levado em consideração, não a legalidade, mas sim a normatividade, não podendo ser afastada pela eficiência.

Isso acontece quando se considera eficiência e a legalidade como princípios. Muitas vezes, ainda que assim chamados, são compreendidos como elementos do ato<sup>107</sup>, como a própria essência do ato, o que afasta a ponderação por não poder sofrer qualquer tipo de mitigação.

Interpretando a eficiência como princípio, no atual contexto, a legalidade seria preferida. Percebendo como elemento da norma, não teria como afastar a eficiência<sup>108</sup>. A análise hermenêutica da questão ajuda a compreensão do existir da própria norma e também da funcionalidade da Administração Pública.

Ora, ainda que baste a legalidade para validar uma ação administrativa, esta não é capaz, por si só, de resolver a questão da eficiência, muito menos da efetividade dos direitos trazidos na própria lei. Essa dissociação é bastante comum no mundo jurídico que, muitas

---

<sup>103</sup> Aula ministrada pelo Professor Dr. Celso Castro na disciplina Direito Administrativo Econômico no curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 05 de junho de 2013.

<sup>104</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>105</sup> A exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanela Di Pietro.

<sup>106</sup> MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>107</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>108</sup> MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.



vezes, não enxerga para além do direito. A compreensão do direito dialogando com as demais ciências<sup>109</sup> é um dos passos interessantes para discussão acerca do problema trazido nesta dissertação. Não adianta a existência da norma simplesmente, a legalidade sozinha não efetiva a justiça. A lei não tem o poder de, apenas ela, propiciar ou obrigar o seu fiel cumprimento.

A economia, a sociologia, a política, entre outras ciências são elementos pertencentes ao direito porque ele representa a efetividade do que a sociedade pretende enquanto comunidade. Então, a lei precisa de aparato estatal para se perpetuar e ter força executória. Uma lei traduz um anseio social, que precisa de receita (dinheiro) para sua concretude. Junto a isto, estão relacionados aspectos políticos, morais, antropológicos que devem ser observados quando da efetivação dos direitos conquistados, principalmente quando se trata de participação efetiva do Estado nisto.

O Estado Democrático de Direito de desiderato social exige o equilíbrio entre o efficientismo e o garantismo, e, daí, ao mesmo tempo que flexibiliza, em prol da eficiência, o controle se enrijece, em defesa da segurança<sup>110</sup>.

Assim posto, observa-se que não se trata apenas de ponderação entre legalidade e eficiência, indo para além da lei, atingindo o escopo normativo. A efetivação dos direitos fundamentais mais que obrigação, faz parte da própria existência desse Estado e da forma que ele se apresenta enquanto gestor público.

Em relação à necessidade administrativa, não há interesse público atendido sem eficiência, e não há garantias sociais sem a legalidade. Estes pressupostos são elementos definitivos e necessários para a boa administração, para a concretude dos direitos fundamentais constitucionalmente perquiridos.

## 2.4 O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Considerando a teoria clássica, o ato administrativo se divide basicamente em dois tipos: vinculados e discricionários. Os primeiros são os atos em que a atuação da Administração Pública está adstrita aos ditames previstos em lei de forma objetiva. Não

---

<sup>109</sup> SANTOS, B. S. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 1987.

<sup>110</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 245.

existe, portanto, qualquer margem de escolha do administrador, que deve seguir exatamente o que a lei prevê em determinada situação dada. Assim, eles estão relacionados à segurança, a certeza de determinada conduta em determinada situação.

Já os discricionários são os atos onde o administrador tem uma margem de escolha, obviamente dentro da lei (Administração Pública só pode agir se existir previsão legal)<sup>111</sup>. Para tanto, em atendimento ao interesse público, é preciso fazer exame de conveniência e oportunidade, optando pela decisão que maior atingir o interesse público. Assim, formulam juízos de oportunidade, mas apenas quando assim for atribuído<sup>112</sup>. Estão – os atos discricionários –, portanto, relacionados à eficiência, optando pela “melhor” escolha dentre as existentes.

Não se fala aqui em uma escolha ampla, sem critérios. O administrador não pode dispor de todas as opções que um particular dispõe. Dentro da legalidade, existe uma possibilidade de escolha com a finalidade única de se chegar ao interesse público, o que é muito difícil de delimitar. Quando se está diante de um ato discricionário importante, além de observar se está previsto em lei, também se obedece aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Como as infinitas condutas não podem ser previstas, a discricionariedade aparece como forma de melhor avaliação, considerando o caso concreto. Nesse momento, deverá ser feita ponderação para se chegar a melhor solução.

A discricionariedade é, portanto, a margem da liberdade de decisão conferida ao administrador, que tem como obrigação e pressuposto ponderar sua decisão se baseando nos princípios da Administração Pública bem como pelos princípios gerais do Direito e os critérios de conveniência e oportunidade<sup>113</sup>. Para tanto, utiliza-se da valoração, que pode se traduzir pela observância da eficiência do ato, deste que este esteja absolutamente observado pela legalidade.

Esta concepção clássica da discricionariedade é ainda observada uma vez que a legalidade é trazida como *condicion sine qua non* para qualquer ato administrativo, precisando de previsão a fim de se evitar desvios e inseguranças em relação ao que se espera da Administração Pública<sup>114</sup>. Assim, ainda que discricionária, importante a decisão está entre as opções dadas na lei.

---

<sup>111</sup> MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>112</sup> GRAU, E. R. **Ensaio e Discursos sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>113</sup> MORAES, G. O. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

<sup>114</sup> MOREIRA NETO, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Os atos discricionários precisam respeitar as limitações legais e também constitucionais. É a chamada vinculação, tendência em que as normas constitucionais estabelecem os princípios condutores da atividade administrativa. Portanto, os atos discricionários precisam respeitar os princípios constitucionais (explícitos e implícitos), funcionando estes como padrões de otimização<sup>115</sup>.

Ocorre que, muitas vezes, essa necessidade de controle vai de encontro à eficiência da Administração Pública. “Na tomada das decisões administrativas, o Estado Constitucional precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito”<sup>116</sup>. Nesse diapasão, acaba-se deixando de lado a própria eficiência e, com ela, a economicidade, em prol de uma segurança que, muitas vezes, perde o significado, sendo mais prejudicial que benéfica para o Estado.

Quando diante de ato vinculado tem a certeza de certa ineficiência deste. Em nome da segurança, abre-se mão da eficiência<sup>117</sup>. A prévia escolha inviabiliza a melhor escolha, sendo que a segurança se torna a prioridade nestas situações. A norma fechada não é a melhor norma, mas a segurança é priorizada por várias razões, incluindo a confiança em quem decide, o que podemos relacionar com o princípio da moralidade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a interligação dos princípios da eficiência, a razoabilidade e a moralidade são imprescindíveis quando da atividade discricionária da Administração Pública<sup>118</sup>. Assim, percebe-se que os princípios norteadores precisam dialogar para uma atuação real e legal do Estado.

A dúvida quanto à necessária melhor solução dada pelo gestor perpassa pelo princípio da moralidade, uma vez que a boa-fé com a coisa pública e a relação de cuidado devem nortear a relação entre o administrador e o Estado.

O entendimento da moralidade administrativa é determinado, até por sua natureza de conceito indeterminado, quando da análise do caso concreto, mas perpassa pela necessidade

---

<sup>115</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 235-6.

<sup>116</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 20.

<sup>117</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>118</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

de boa-fé com a coisa pública sendo esticado até o viés da ética pública<sup>119</sup>. Ao analisar as diferentes nuances do conceito de moralidade, observa-se que se trata de conceito meramente hermenêutico, não tendo assim um conteúdo próprio.

Para entender melhor a moralidade administrativa, faz-se interessante a análise do contexto social quando da explicitação do princípio na carta magna, entendendo-o como base teórica para construção e aprimoramento da própria administração pública. Observa-se a necessidade de se ter uma relação de responsabilidade e lealdade com a coisa pública, abrangendo os seus aspectos mais intrínsecos<sup>120</sup>.

Parte-se, portanto, da premissa de que a moralidade administrativa não será observada, ao menos que se criem mecanismos para tanto. A boa-fé com a coisa pública, apesar de ser ponto nevrálgico para qualquer atuação da Administração Pública, não é percebida como regra, *a priori*<sup>121</sup>. Explica-se que, apesar de ser princípio basilar, não se parte do pressuposto de que estará presente, ao menos que se produzam formas de controle, sendo a legalidade um dos mais utilizados.

Então, por não se ter moralidade nas relações sociais, incluindo as públicas, acaba-se deixando de lado a eficiência, presteza do serviço público, economicidade, dentre outros, porque a imoralidade parece ser regra.

Outro ponto importante é a falta de critérios que definam o que venha a ser um ideal de gestor, mais ainda, para escolha do gestor público. Como o mesmo é eleito, ou escolhido, pouco importante se tem conhecimento em administração ou não, parece ser a legalidade a única forma de controle a fim de evitar qualquer problema quanto à capacidade técnica do mesmo.

Ou seja, como se ter certeza, se não prevendo anteriormente com leis, se o administrador estará cumprindo seu papel de gestor da maneira correta? Apesar de ser algo importante e fatal, não se pode deixar de observar que nem tudo é previsível, e essa impossibilidade prejudica a melhor gestão pública. Portanto, a despeito de não se ter certeza da qualidade técnica do gestor, a legalidade por si só não é suficiente para garantir uma administração pública de qualidade, por isto a possibilidade de controle legislativo e judicial.

---

<sup>119</sup> BARBOZA, M. N. **O Princípio da Moralidade Administrativa** – uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>120</sup> MARTINS, R. M. Princípio da Moralidade Administrativa. In: PIRES, L. M. F.; ZOCKUN, M.; ADRI, R. P. (Org.). **Corrupção, ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>121</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Ainda se pode incluir neste rol de observações a utilização do critério “interesse público” como finalidade única do ato administrativo. Não se critica a finalidade em si, mas a indeterminação absoluta deste instituto. Ao analisar as diferentes nuances delimitações do conceito de interesse público, nota-se que se trata de conceito meramente hermenêutico, não tendo assim um conteúdo próprio. Ele só existe enquanto comparado ou excluído, não tendo um alcance prático, em razão de qualquer coisa que traga benefício à sociedade, mesmo que de pequena monta poderá ser considerado “interesse público”.

Tentando delimitar, resta ao interesse público alguns parâmetros: primeiro, que ele só pode ser assim classificado quando refletir valores que a sociedade eleger como relevantes, e, por essa razão, está intimamente ligado aos direitos e garantias fundamentais; além disso, não se relaciona a uma pessoa individualmente, e sim a todas as pessoas de maneira coletiva, não sendo somatório de interesses individuais, e sim um interesse indistintivo, sem personificação<sup>122</sup>.

Mais que isso, ele só poderá ser verificado de maneira satisfatória quando acompanhado de uma série de ponderações, verificando a proporcionalidade, a razoabilidade, a economicidade, a isonomia, a moralidade, enfim, todos os princípios próprios do direito, em especial, o administrativo. A construção de uma escola é de interesse público, porém, deixa de ser caso já exista escolas suficientes na região. Da mesma forma que, mesmo não sendo suficientes, prefira-se construir mais uma escola a um posto de saúde, em região que não tenha nenhum atendimento médico.

Verifica-se, portanto, que o interesse público, por si só, não apresenta a resposta necessária para a compreensão do dever de maior da Administração Pública, sendo mero adjetivo que pretenda motivar a atuação desta em um caso concreto. O vazio hermenêutico que se observa desse conceito acaba por dificultar uma maior efetividade na análise de uma boa ou má gestão, sem a verificação de todos os elementos comparativos que a envolvem.

Assim como o interesse público, pode-se dizer do binômio “conveniência e oportunidade” comumente atribuído ao ato administrativo discricionário<sup>123</sup>. Como mensurar ou qualificar esses dois elementos, sendo os mesmos conceitos altamente fluidos? Assim, não resta dúvida da falta de aplicabilidade dessa característica do ato discricionário, que acaba por não ter nenhuma real relevância quando se verifica a validade ou importância do mesmo.

---

<sup>122</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 464-5.

<sup>123</sup> MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Apenas alguns questionamentos foram levantados para se observar que os critérios de escolha de um a Administração Pública de qualidade não apenas perpassam pela obrigatoriedade de se observar ou não a legalidade, mas todos os elementos e princípios esperados. Assim, muitas vezes, legítimas, algumas decisões administrativas não seriam ideais, deixando de se verificar a eficiência simplesmente por apenas estar de acordo com a legalidade.

O Estado Constitucional, numa de suas expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim, considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, infantil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou ao menos mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa<sup>124</sup>.

Observa-se ser muito comum a utilização da legalidade pura e simplesmente como forma de justificar condutas administrativas não ideais. A legalidade é utilizada, muitas vezes, como mecanismo infame, mas que não deve ser questionado porque obedece ao princípio da legalidade. A supervalorização desta pode, muitas vezes, não aproximar o Estado da boa gestão, mas o afastar visto que aquele princípio por si só não é garantia de eficiência. Por outro lado, a mera conformação aos parâmetros legais não implica, necessariamente, a legitimidade do ato.

O Administrador será sempre obrigado a escolher a conduta mais eficiente, dentro das hipóteses legais. Se esta conduta não puder ser previamente escolhida, dentre as opções que lhe resta deve procurar uma opção que seja razoavelmente eficiente. Esta é a possibilidade real que se encontra disponível nos dias de hoje. Não estando previsto se está diante de uma impossibilidade técnica.

O controle dos atos, ainda que discricionários, dá-se quase que na totalidade, baseado na legalidade<sup>125</sup>. Isso porque a existência de discricionariedade no comando da norma nem sempre implicará em discricionariedade no caso concreto. Tendo duas ou mais possibilidades a opção é sempre na mais eficiente, caso contrário está indo de encontro à própria legalidade. Discricionariedade existe apenas se existir equivalência de eficiência das opções dadas ao administrador.

---

<sup>124</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 10.

<sup>125</sup> LEITE, L. F. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

Não resta dúvida que a análise das condições e princípios constitucionais atinentes à Administração Pública são passíveis de acompanhamento e controle. Mesmo com inúmeras restrições e objeções à atuação estatal, incluindo o conflito entre os princípios administrativos, o Estado não está isento de prestar conta à sociedade através dos mecanismos de controle, a fim de verificar se está cumprindo ou não com suas funções e delegações.

Questiona-se apenas se a estrita observância da legalidade é a única forma de verificação do grau de boa administração esperada. Na atual configuração, a legalidade é vista como condição sempre sobrepujante e, se não observada, deixa de ter validade qualquer outra ação, ainda que seja esta a melhor opção de ação que se tenha.

Essa realidade não parece razoável uma vez que se pode perder muito estando adstrito à letra fria da lei. Num mundo de recursos parcos, principalmente em um país como o Brasil, a legalidade acaba sendo muitas vezes cara e burocrática. A condição de desconfiança eterna dos gestores faz com que se opte pela baixa produtividade em detrimento da eficiência. A legalidade é imprescindível, mas não deveria ser a única via.

## 2.5 NOVAS PERSPECTIVAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Já se fez claro que, hoje, a Administração Pública é compreendida de uma maneira diferente, assumindo mais responsabilidade, mas com uma série de mitigações necessárias para o fiel cumprimento das expectativas sociais. Ainda que existam claramente a supremacia do público sobre o privado, existe a dicotomia de maneira absoluta, além, claro, de um diálogo cada vez maior entre o Estado e a própria sociedade.

A relação da Administração Pública com a política é indiscutível<sup>126</sup>; primeiro porque o processo político é a fundamentação para a escolha de quem se deseja que governe, ou seja, não existe constituição do poder executivo fora do cenário político; segundo porque a gestão é reflexo do modelo político que a sociedade deseja<sup>127</sup>. A escolha de quem representará uma nação politicamente deve levar em consideração também o implemento de todo arcabouço ideológico que isto acarreta.

---

<sup>126</sup> BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>127</sup> GEERTZ, C. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

Quando se fala em democracia, compreende-se um Estado em que a vontade do povo é a mola mestra, o que impulsiona e fomenta todas as decisões administrativas necessárias à efetivação dessa vontade<sup>128</sup>. Cada vez mais, a participação social se torna necessária, por que não dizer imprescindível, para a configuração das instituições que atendem interesses públicos.

O Estado democrático de direito pede cada vez mais uma relação comunicativa não só entre suas instituições, mas também com a sociedade. Por isto, há uma inclinação para a compreensão dos mecanismos hermenêuticos que traduzem as relações sociais, incluindo, por óbvio, o próprio direito, que passa a ser percebido na transdisciplinaridade<sup>129</sup>. Não se pode falar mais de imposição do Governante como se a sociedade representasse seus súditos, e ele o seu rei. A realidade foi alterada e, hoje, a cobrança e participação social é inevitável.

O que se tem hoje é uma democracia participativa, em que o discurso é elemento importante. Isto é vislumbrado no direito à petição, no acesso aos órgãos públicos e judiciários, nas possibilidades de intervenção política e participação popular. O cidadão não é mais sujeito passivo, ele contesta, se necessário, e sim participante de todo processo de construção da democracia, da própria administração pública e do próprio direito<sup>130</sup>.

Assim, surge uma nova demanda chamada Administração Pública Dialógica, que apresenta mecanismos e espaços de participação social. Nesse contexto, as decisões administrativas, assim como as construções conceituais são o resultado de um processo dialógico com o cidadão, incluindo neste bojo os movimentos sociais, grupos de interesses da sociedade civil e instituições privadas<sup>131</sup>. A Administração Pública Dialógica aumenta o que se entende por esfera pública, tornando corresponsáveis pela gestão da coisa pública todos que nela existem.

É interessante porque passa a relativizar o próprio conceito de supremacia do interesse público, que continua existindo, mas como roupagem diferenciada. O Estado não é o detentor

---

<sup>128</sup> HABERMAS, J. **Direito e Democracia** – entre a facticidade e a validade Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>129</sup> FAGUNDEZ, P. R. Á. Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

<sup>130</sup> BREYER, S. **Active Liberty**: interpreting our democratic constitution. New York: Vintage Books, 2005.

<sup>131</sup> CORREA, L. A.; LUZ SEGUNDO, E. P. **O Princípio da Eficiência**: Interlocação entre a Gestão Pública Ampliada e o Novo Paradigma da Administração Pública Dialógica à Luz do Estado Democrático de Direito. <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/05\\_1689.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/05_1689.pdf)> Acesso em: 01 dez. 2014.



da razão simplesmente, sem a possibilidade de interferência e diálogo<sup>132</sup>. Nessa configuração, a supremacia do interesse público se verifica num contexto mais apaziguador, onde é supremo porque representa a vontade de uma coletividade, que pode se expressar.

Não é a imposição do Estado para com os, e sim uma inter-relação entre estes dois sujeitos. A sociedade espera atuação do Estado, mas, ao mesmo tempo, percebe-se como integrante deste e passa a assumir esse papel com mais avidez. Não há dúvida de que essa nova forma de diálogo possibilita uma melhor percepção das reais necessidades sociais, de maneira mais eficaz e pontual.

Essa perspectiva dialógica administrativa se aproxima do pacto social apresentado por Rousseau<sup>133</sup>, onde os homens abrem mão da sua liberdade para garantia do bem estar social. E a lei seria a relação de troca entre os homens, que formam um pacto de reciprocidade, dando um pedaço do que é seu para atingir um bem coletivo.

O espaço público, que é compartilhado, é o local privilegiado da ação comunicativa. Apresenta-se como ambiente de participação e debate político, em que se pode desenvolver quais valores são os realmente importantes para a sociedade. Essa forma de interação acaba por reforçar o princípio da solidariedade, entendendo a sociedade como um todo complexo e interativo.

Esta solidariedade<sup>134</sup> transforma a sociedade em um organismo que interage de maneira mais intensa e propicia a uma maior chance de atingimento de direitos e valores em razão de que se tem uma dimensão das necessidades de maneira mais clara. Não se fala em somatório de desejos e valores individualizados, mas de uma conjuntura única e expressiva.

O princípio da eficiência passa a ter uma importância cada vez maior. Não dá para ter mais um Estado que não seja eficiente, ainda que observe estritamente a legalidade. A economicidade passa a fazer parte das relações públicas em geral e a melhoria dos serviços públicos não é mais desejo, mas uma necessidade.

Não dá mais para pensar a Administração Pública de maneira destacada da sociedade. Não existem dois lados: a Administração e a sociedade. A Administração faz parte da sociedade, com importância ímpar, visto que tem como função a realização dos direitos e

---

<sup>132</sup> VILANI, M. C. S. Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. **Caderno de Ciências Sociais**, Belo Horizonte, 2002.

<sup>133</sup> ROUSSEAU, J.J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>134</sup> DURKHEIM, E. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

garantias fundamentais. Mais que isso, o cidadão participa ativamente dessa gestão, interferindo, muitas vezes, diretamente nela.

“A manifestação de diversificadas ideias num ambiente público propício à discussão das questões sociais favorece, inicialmente, à canalização das opiniões para um ponto comum”<sup>135</sup>. Essa convergência aparece de maneira a reforçar os valores sociais traduzidos na própria Constituição Federal. Se a administração é para a sociedade, pensando no bem estar coletivo, nada mais justo que a participação efetiva dessa sociedade.

Esta nova temática nada mais seria que a expressão do princípio da soberania popular se manifestando na comunicação e participação dos cidadãos, fazendo destes parte do Estado. Nesse pluralismo social, o processo democrático confere força legitimadora ao próprio processo de criação do direito<sup>136</sup>, incluindo a Administração Pública.

---

<sup>135</sup> SOARES, G. M. Administração Pública Dialógica Na Constituição De 1988: A Construção do Interesse Público com a Participação da Sociedade Civil. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília – DF, nov. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07\\_823.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_823.pdf)> Acesso em: 02 dez. 2014.

<sup>136</sup> HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro**: estudos da teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 290-2.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entendendo o Brasil como um Estado Democrático de Direito<sup>137</sup>, em que é disciplinado por leis que limitam a atuação dos cidadãos e do próprio Estado, percebe-se clara a necessidade de se verificar a importância de normas baseadas na representação política que traduzam os interesses sociais em direitos<sup>138</sup>. Precisa-se, portanto, de veículo que exprima os direitos diversos, incluindo, claro, os mais básicos e primários, positivando os direitos humanos.

Os direitos humanos são os que, historicamente, foram resguardados pelas mais diversas sociedades políticas como direitos inerentes ao homem. Sendo assim, observa-se que existem muito antes de qualquer posituação, sendo esta apenas consequência e necessidade de uma sociedade organizada. Para Dirley da Cunha Junior, são “todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”<sup>139</sup>.

Estes direitos são dinâmicos, flexíveis e acompanham a história do próprio direito. Eles são extensíveis e mutáveis de acordo com as novas necessidades humanas, relacionados sempre à dignidade da pessoa humana, sendo desenvolvidos pelas lutas sociais, aliás, eles correspondem a processos oriundos dessas lutas<sup>140</sup>.

Os direitos fundamentais fazem parte do rol de direitos e garantias previstas constitucionalmente. Portanto, o critério que distingue os direitos fundamentais e os direitos humanos é o local jurídico de cada, sendo os primeiros residentes no sistema constitucional em particular e o segundo em normas internacionais<sup>141</sup>. Importante, então, assinalar que, “apesar de beberem da mesma fonte”, diferenciam-se na forma de inserção social, o que, muitas vezes, aprimora-os ou engessa-os.

---

<sup>137</sup> Entende-se aqui como o Estado que respeita as liberdades civis, nelas incluindo o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

<sup>138</sup> ANDRADE, C. C. C. Os Direitos Fundamentais e a Jurisdição Constitucional em Face a Crise de Representação no Estado Constitucional Democrático. In: TAYAH, J. M.; ROMANO, L. D.; ARAGÃO, P. (Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. São Paulo - Rio de Janeiro - Buenos Aires: Livre Expressão, 2013.

<sup>139</sup> CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodium, 2011, p. 551.

<sup>140</sup> ALONSO, D. C. A Internacionalização dos Direitos Humanos – Origem e Consequências. In: TAYAH, J. M.; ROMANO, L. D.; ARAGÃO, P. (Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. São Paulo - Rio de Janeiro - Buenos Aires: Livre Expressão, 2013.

<sup>141</sup> SILVA NETO, M. J. **Teoria Jurídica do Assédio**. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 29.

Vale observar que o direito fundamental é elemento, por sua própria nomenclatura, fundamental para não somente o homem, o cidadão, mas todo escopo social e jurídico dali decorrente. É basilar para construção político-administrativa, sendo sua realização função e meta do Estado. Na perspectiva do direito fundamental, o Estado existe para o cidadão, e não o contrário<sup>142</sup>.

Entendem-se os direitos fundamentais no Brasil como imprescindíveis, sendo os que primeiro são evocados na Constituição Federal. Tanto que o constituinte reconheceu os direitos fundamentais “como elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4o)”<sup>143</sup>.

Esses direitos são de aplicação imediata e vinculante. Uma vez previstos, o Estado tem a função primaz de realizá-los. E essa função é cada vez mais cobrada, principalmente em países com desigualdades sociais como o Brasil. Então, o Estado é convocado a defender esses direitos, mais que isto, a realizá-los através de políticas públicas, serviços públicos e proteção administrativa e jurisdicional aos demais direitos. Os direitos fundamentais são considerados garantias da abertura do desenvolvimento da sociedade e, também, por muitos, imprescindíveis para a modernização delas.

“Os direitos fundamentais constituem os alicerces da relação entre Estado e indivíduos; o exercício do poder político pelo Estado se legitima pela necessidade de preservar os direitos fundamentais”.<sup>144</sup> São eles, portanto, os norteadores da atividade estatal e balizadores das perspectivas políticas dos diversos estados democráticos e que tem os direitos humanos como base jurídica e política.

Como liberdades públicas alicerçadas na dignidade da pessoa humana, “o Estado não pode afastar-se dos princípios constitucionais que lhe confere concretude, ao revés, deve atuar

---

<sup>142</sup> KLOEPFER, M. Os Direitos Fundamentais da lei Fundamental: sucessos, fraquezas, tarefas para o futuro. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; CARBONELL, M. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

<sup>143</sup> MENDES, G. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 10, jan 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf)> Acesso em: 10 dez. 2014.

<sup>144</sup> NETTO, L. C. P. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

para efetivá-los em maior grau”<sup>145</sup>. Mesmo que esses direitos partam do homem e se desenvolvam no seu âmago, a vida em sociedade acaba por transformá-los em direitos positivados e, portanto, tutelados pelo Estado. Se ele não precisa dispor deles, precisa ao menos garantir sua efetivação.

Nem todos os direitos fundamentais, porém, são de prestação efetiva do Estado. Alguns são direitos considerados negativos, em que o Estado deve apenas garantir que não seja frustrada sua efetivação. Mas muitos deles, principalmente os sociais, são de responsabilidade estatal, ele é o provedor e titular. Os direitos negativos protegem a liberdade enquanto os positivos privilegiam a igualdade<sup>146</sup>. De qualquer sorte, todos eles demandam atuação da Administração Pública, o que significa, necessariamente, recursos financeiros.

O que é importante destacar, por hora, é a obrigação premente do Estado na disponibilidade dos direitos fundamentais, entendendo que estes estão sempre vinculados e indisponíveis. Vale também destacar que existe sempre a possibilidade de aparecimento de novos direitos, tornando os já existentes ainda mais sedimentados.

A inclusão de novos direitos somente acrescenta a necessidade de efetivação dos mesmos pelo Estado. Quando em uma sociedade desenvolvida com pouca desigualdade social, a inclusão de novos direitos fundamentais não gera problemas a princípio. Quando se está diante de uma sociedade como a brasileira, em que os níveis de desigualdade são enormes, o Estado não consegue realizar os direitos mais básicos, a inclusão de novos direitos apenas aumenta o abismo entre estes e os cidadãos, dificultando ainda mais o atendimento das demandas pulsantes de toda sociedade.

### 3.1 TERMINOLOGIA E CONCEITO

Não existe uma unidade de conceituação do que vem a ser direito fundamental, inclusive utilizando diferentes nomenclaturas e expressões para identificar esses direitos. De maneira simplista, pode-se compreender a positivação dos direitos humanos, adaptados às

---

<sup>145</sup> CARVALHO, C. O. Licitação Pública Ecosocioeconômica. In: TAYAH, J. M.; ROMANO, L. D.; ARAGÃO, P. (Org.) **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. São Paulo - Rio de Janeiro - Buenos Aires: Livre Expressão, 2013, p. 146.

<sup>146</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R.. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999, p. 40.

diversas realidades de cada Estado. Utiliza-se, claramente, os valores sociais para se alcançar a dimensão proposta, sendo, em muitos casos, direitos genéricos, conceitos amplos, delimitados no caso concreto.

A terminologia “Direitos Fundamentais” é a utilizada pela Constituição Federal de 1988, dispondo de um capítulo inteiro apenas para tratar de tais direitos. Mas estes não se esgotam na carta magna, sendo ela o ponto de partida, garantia mínima no contexto histórico em que se estava vivendo a época. Muitos destes direitos previstos na referida constituição abrangem não apenas os relativos e exclusivos ao homem, estendendo-se a grupos e instituições, o que sobrepõe à essência dos direitos fundamentais.

Para Amaral, a “expressão direitos humanos é usada para referir aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, que independem a positivação”. Quando se fala em direitos fundamentais, refere-se aos direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento<sup>147</sup>.

Assim, seriam os direitos humanos pertencentes a uma coletividade mundial, extrapolando a esfera normativa de cada Estado, dado que esses, quando positivados, recebem a nomenclatura de fundamentais. Essa observação é trazida por Manoel Jorge Silva Neto, quando afirma que o que distingue esses dois direitos “é o respectivo *habitat* jurídico de cada qual: os primeiros residem em um dado sistema constitucional em particular; os últimos se inserem na esfera das normas internacionais”<sup>148</sup>.

Para Gilmar Mendes os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, outorgam aos titulares a possibilidade de exigí-los perante o Estado. Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, esses direitos constituem a “base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”<sup>149</sup>.

Artur Cortez Bonifácio entende que os direitos fundamentais são, por natureza ou essência, imprescindíveis à afirmação do homem e da sua dignidade<sup>150</sup>. Nesse contexto, observa-se a real necessidade de análise dos direitos fundamentais sob a ótica não apenas do

---

<sup>147</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 90.

<sup>148</sup> SILVA NETO, M. J. **Teoria Jurídica do Assédio**. São Paulo: LTR Editora, 2012, p. 29.

<sup>149</sup> MENDES, G. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 10, jan 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_1/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_1/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf)> Acesso em: 10 dez. 2014.

<sup>150</sup> BONIFÁCIO, A. C. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 59.

direito, mas da própria sociologia. Eles são expressões do homem enquanto ser humano e apenas são tutelados pelo Estado.

Estão assim intimamente ligados à própria dignidade da pessoa humana, “considerando em sua dignidade substancial de pessoa, como ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana”<sup>151</sup>. Trata da integridade física e moral do homem, assegurando, assim, uma existência em que se observam os valores totais dos seres humanos.

Compreendem, portanto, direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos, bem como suas liberdades, solidariedade (social) e integração. São os valores universais e indeclináveis, onde o homem garante sua situação vulnerável, sendo necessária, por óbvio, a tutela estatal. Como já dito, materialmente extrapolam a positivação, mas a sua tutela não está restrita à norma literal, sendo garantia independente de constar ou não na constituição ou lei.

Quando parte da Constituição de um país, os direitos fundamentais aparecem como uma porta de entrada de muitas pretensões pessoais e sociais e acabam por se multiplicar, sem nenhuma forma de deter essa expansão<sup>152</sup>. Quanto mais são realizados, mais extensas ficam suas conceituações, sendo ampliado seu alcance.

O Estado tem o dever de garantir os direitos fundamentais e, em muitos momentos, tem o dever de prover, em outros, de proteger. Para tanto, fazem-se necessários os atos legislativos, administrativos e judiciais para sua real concretude. Para Canotilho, os direitos fundamentais têm dupla dimensão: no plano jurídico-objetivo são normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo que estes adentrem a esfera jurídica individual; e no plano jurídico-subjetivo, como poder de exercer positivamente direitos fundamentais assim como de exigir omissões dos poderes públicos, com a finalidade de evitar agressões lesivas por parte destes<sup>153</sup>.

Assim, no plano jurídico-objetivo os direitos fundamentais são normas de não competência para o Estado, ou seja, as liberdades não podem sofrer intervenções, nem mesmo as estatais. Por outro lado, os direitos sociais dão ao indivíduo o direito de obter estas prestações, ou seja, a efetivação dos direitos pelo Estado.

---

<sup>151</sup> SOARES, R. M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 248.

<sup>152</sup> MAINO, C. A. G. *Derechos Fundamentales y La Necesidad de Recuperar Los Deberes*. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; CARBONELL, M. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

<sup>153</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

### 3.2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos existem desde que o homem se entende como ser social em suas relações humanas mais básicas. A racionalização do homem o levou a estabelecer regras de condutas que se traduzem em direitos positivados no decorrer na evolução das sociedades, aparecendo como direitos e garantias. Positivados, ou seja, como direito fundamental propriamente dito, surgiu no final do século XVIII, no bojo das primeiras normas constitucionais<sup>154</sup>.

Os direitos humanos existem desde a Antiguidade, mas não extensivo a todos. Durante longos períodos históricos, ainda que com reconhecimento de liberdades e direitos, não existia um pensamento de igualdade nos moldes que hoje existe, dado que estes direitos eram apenas de uma parcela pequena da população<sup>155</sup>.

No período pós Revolução Francesa foi divulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco importante para os direitos humanos<sup>156</sup>. Esse documento definia os direitos individuais e coletivos dos homens como direitos universais, ou seja, eram válidos e exigíveis em qualquer lugar e em qualquer tempo, pois dizia respeito à própria natureza humana.

Depois das duas grandes guerras mundias ocorridas no século XX, em um mundo que sofria demais com os horrores contra a raça humana, foi redigida e adotada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>157</sup>. Em seu preâmbulo, trazia o compromisso dos governos, juntamente com seus povos, a tomarem medidas contínuas para garantir o reconhecimento e cumprimento dos direitos humanos pertencentes à Declaração.

Desse momento em diante, os direitos humanos foram cada vez mais sendo incorporados nos ordenamentos jurídicos dos diferentes países. Ganhou contornos mais

---

<sup>154</sup> CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

<sup>155</sup> CASTRO, F. L. **História do Direito: geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

<sup>156</sup> BAGNOLI, V.; BARBOSA, S. M.; OLIVEIRA, C. G. B. (Org.). **Introdução à História do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>157</sup> CASTRO, F. L. **História do Direito: geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.



significativos quando em regimes democráticos que privilegiavam o respeito ao cidadão, entendendo como ser detentor de direitos e não só deveres. “Democracia do cidadão está próxima da ideia de que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca”<sup>158</sup>.

Os direitos fundamentais vêm se aprimorando e se estendendo, acompanhando o processo histórico, as lutas sociais, os progressos diversos. Assim, o que hoje se tem de direitos fundamentais, um tempo atrás se tinha de maneira bem mais reduzida, não contemplando todos os direitos fundamentais hoje perquiridos.

Até mesmo a própria extensão da leitura de cada um dos direitos fundamentais ganhou outra dimensão. Como eles são direitos com conteúdo aberto, a compreensão de cada um deles ganha outros contornos quando se evolui. Faz-se importante entender que “os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas”<sup>159</sup>. Mas, nem sempre, o que é fundamental se perpetua, o que parece fundamental numa época histórica ou em determinada civilização pode não ser fundamental em outras épocas e em outras culturas.

De certa forma, independente da época, não se pode deixar de observar certo avanço ou definição histórica e dimensional de alguns direitos fundamentais. A doutrina chama assim de dimensões do direito, teoria essa que trata da evolução histórica dos direitos fundamentais nas constituições, sendo frutos das demandas de cada época histórica. A doutrina divide-se em quatro, o que será tratado de maneira breve aqui.

Os direitos de primeira geração são os individuais ou negativos. Foram os primeiros conquistados pelos homens no período pós-absolutismo e estão relacionados à luta pela liberdade e segurança perante o Estado<sup>160</sup>. Traduzem-se pelas impossibilidades de abuso de poder do Estado, que não pode desrespeitar os direitos mais intrínsecos do ser humano, a exemplo da igualdade (formal), liberdades de manifestações, de crença, de propriedade,

---

<sup>158</sup> HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 38.

<sup>159</sup> BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

<sup>160</sup> Ibid.

dentre outros. Aqui, a Administração não tem o dever de promover os direitos, apenas de não impedir seu exercício.

Já os direitos de segunda geração são os sociais, econômicos e culturais, também chamados de direitos positivos<sup>161</sup>. Tratam dos direitos de prestação de políticas públicas pelo Estado, sendo este responsável por uma estrutura social e garantista, gerando para ele uma obrigação de fazer. Assim, “os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas”<sup>162</sup>.

São exemplos desses direitos a educação, a saúde, a segurança pública, a moradia, a alimentação, entre outros, os quais partem da igualdade material, ou seja, entender necessário à redução da desigualdade, visto que a liberdade só se realiza existindo as condições mínimas para o seu exercício, sendo traduzido nos direitos sociais.

Os direitos difusos e coletivos são os chamados direitos de terceira geração, também conhecidos como transindividuais<sup>163</sup>, os quais consagram os princípios da solidariedade e fraternidade, protegendo os direitos para além do indivíduo. Eles não pertencem a uma pessoa de maneira singular, e sim à coletividade, sendo, então, originários da evolução científica traduzida no desenvolvimento dos meios de comunicação, incluindo transportes, aproximando cada vez mais os indivíduos de diferentes nações e sociedades. Também estão relacionadas com o meio ambiente e o direito à paz. Por ter sua titularidade indeterminada, são promovidos por órgão que cuidam desses direitos, sendo possíveis de individualização em casos concretos. Nesse ponto, deixa de ser direito coletivo, passando a se definir como direito individual tutelado pelo Estado.

Finalmente os direitos de quarta geração, que ainda são discutidos pelos doutrinadores que tratam da matéria. Seriam estes os direitos relacionados à engenharia genética (Bobbio)<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 50.

<sup>163</sup> BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>164</sup> Ibid.

e/ou luta pela participação democrática (Paulo Bonavides)<sup>165</sup>. Ainda há quem considere a existência de uma quinta geração que seria o direito à paz <sup>166</sup>.

Hoje, muitos direitos fundamentais perquiridos durante todos esses anos de evolução já se encontram tutelados, mas nem todos realizados. Quando se trata dos direitos de segunda geração, em que o Estado tem o dever de prover, encontra-se como barreira a escassez de recursos, inviabilizando sua plena realização.

### 3.3 NORMATIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Previstos na Constituição Federal, os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos e positivados. São os direitos mais básicos para a vida do homem, os direitos mínimos para que ele tenha condição de convivência social digna. Eles devem ser observados nas relações sociais e realizados pelo Estado, que não pode se furtar desse dever legal. Além de previstos na Constituição Federal, também existem previsões de programas relacionados a eles, reforçando a obrigatoriedade de sua efetivação.

Na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana se tornou valor supremo e fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil. Todos os direitos fundamentais acabam por ser derivados deste direito impreterível e indisponível, sendo elemento primordial a qualquer ato administrativo, política pública ou ação estatal, estendendo-se ao âmbito privado.

Não há dúvida, portanto, que o nosso sistema jurídico-constitucional coloca o ser humano no centro do ordenamento legal, outorgando-lhe uma prioridade absoluta. É um direito fundamental, e por isso mesmo inviolável, oponível em face de qualquer ato ou comportamento eu tente lhe restringir o alcance, seja de cidadãos, de instituições, ou do próprio Estado <sup>167</sup>.

A norma existe com a finalidade maior de realizar os valores compreendidos como importantes na sociedade, bem como os que precisam de tutela. Esses valores, então, são

---

<sup>165</sup> BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>166</sup> DIOGENES JÚNIOR, J. E. N. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)> Acesso em: 18 nov. 2014.

<sup>167</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 178.

transformados em dispositivos, fontes de realização do direito e justiça. Ela é a expressão do que se entende como justo, ideal, desejoso, não só de um grupo específico, mas de toda uma sociedade. Por essa sua característica, a norma tem uma importância tão aumentada, sendo utilizada como balizador dos interesses sociais.

A princípio, a norma se realiza na lei, ou seja, no texto normativo. No caso brasileiro, lei escrita, normalmente tratando de matéria específica. Seria essa lei feita pelo Poder Legislativo a representação de como a sociedade pretende tratar aquela questão em especial, prevendo situações predeterminadas, nem sempre abrangentes.

Mas também pode estar diluída num emaranhado de princípios que norteiam o invólucro ético e moral que existem em toda sociedade. São valores, direcionamentos, interesses, que se manifestam através desses princípios. Existem vários critérios para se distinguir regras de princípios, porém é mais utilizado o da generalidade. “Segundo este critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”<sup>168</sup>.

Eles também se diferenciam baseados “no fato de serem razões para regras ou serem eles regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento”<sup>169</sup>. De qualquer sorte, apesar de muito se discutir a respeito da diferença entre regra e princípios, norma e princípio, sem adentrar nesse embate teórico, para este trabalho, o conceito de norma se estende e inclui regras e princípios.

Robert Alexy enfatiza que tanto os princípios quanto as regras são normas gerais e abstratas. O problema que se encontra nessa dicotomia não é de abstração em si, mas do grau de generalidade e abstração. Assim, passa a ser imprescindível estabelecer quão ampla seria a classe de pessoas que são destinatárias da norma, ou seja, a generalidade, e quão abrangente é a classe de fatos, incluindo aqui as ações ou casos que são regulados por estas, ou seja, a abstração<sup>170</sup>.

Portanto, parte-se da premissa de que a regra é específica, e o princípio, mais abstrato. Mas, de qualquer modo, ambos são aplicáveis de maneira imediata e são normas, podendo ser utilizados como base legal para a realização da justiça. “Tanto há princípios quanto regras que

---

<sup>168</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 87.

<sup>169</sup> Ibid., p. 88-9.

<sup>170</sup> NEVES, M. **Entre Hidras e Hércules** – princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 22.

se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins, como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referência a eles”<sup>171</sup>.

Claro que existem normas com uma importância maior, principalmente quando se está diante de normas constitucionais. Elas são orientadoras, reguladoras de todo arcabouço normativo e parte dos valores importantes para aquela sociedade a que se destina. Esses direitos, tutelados pela Constituição Federal, são, em grande parte, conquistados ao longo dos anos, constituindo-se como verdadeiros bens, a exemplo dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao homem, “são básicos para a vida do homem, sem os quais ele não teria condições de vivência e convivência social”<sup>172</sup>. Assim, quando em sociedade, são obrigatórios os mecanismos que garantam sua concretização e respeito.

“Direitos fundamentais e expressão empregada para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade”<sup>173</sup>. Assim, os direitos humanos mais intrínsecos, hoje positivados em sua maioria das diversas constituições, de diversos países, são elementos fundamentais que asseguram as garantias básicas de sobrevivência e vida digna de qualquer cidadão.

Eles são compreendidos na sua forma mais pura, predominando a importância de uma vida digna e plena aos homens de uma maneira irrestrita. A partir disto, os direitos foram subdividindo e englobando uma série de direitos e garantias que estejam relacionados à dignidade da pessoa humana e às suas necessidades básicas.

Para Ricardo Mauricio Freire Soares<sup>174</sup>, o legislador constituinte, na Constituição Federal, deu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma que motiva todo sistema constitucional, orientando os demais direitos fundamentais pertencentes a este sistema.

Assim, os direitos fundamentais não são taxativos e delimitados, sendo sempre analisado com a sua relação com a dignidade da pessoa humana, que é conceito abstrato e variável. A limitação desses direitos resta dificultada em vista de que esse conceito tem

---

<sup>171</sup> Ibid., p. 41.

<sup>172</sup> GOLDSCHMIDT, R. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v.14, n.14, 2000, p. 30.

<sup>173</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 90.

<sup>174</sup> SOARES, R. M. F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana** – em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

acepções diversas, sendo interpretado mais restritivamente por uns e amplamente por outros, mas indeterminado, necessitando ser delimitado no caso concreto.

### 3.3.1 Limites de Aplicação dos Direitos Fundamentais

Muitos dos direitos fundamentais estão incluídos nos chamados conceitos indeterminados, permitindo, assim, uma interpretação elástica. Então, se o uso destes conceitos indeterminados traz consigo uma inerente discricionariedade (na interpretação e extensão) para o aplicador do direito, torna-se necessário um veículo que consiga mensurar ou cientificar esses princípios quando aplicados em casos concretos.

Aí, está-se diante de um ponto nevrálgico da aplicação dos direitos fundamentais. O legislado, administrador público e o magistrado podem entender estes direitos de maneira diferenciada, não tendo um parâmetro preciso sobre o respeito ou não dele, somente por sua percepção naquele caso em especial.

O que se verifica, na realidade, é que os princípios são abstratos e necessitam de concretização na sua aplicação. Então, confundem-se e, em grande parte, necessitam de mecanismos para serem otimizados, traduzido por um sentido ampliado que inclui tanto proibições quanto permissões.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas<sup>175</sup>.

Ingo Sarlet entende que as normas de direitos fundamentais e sociais apresentam caráter de norma-princípio. Isso significa que constituem o que se entenderia por um mandado de otimização que impõe ao Estado a tarefa de reconhecer e imprimir a essas normas maior eficácia e efetividade. Não afasta, porém, a possibilidade de relativização quando se observar necessário<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90

<sup>176</sup> SARLET, I. W. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. N. 11, st./out./nov., 2007. Salvador.

A visualização dos direitos fundamentais perpassa justamente por essa amplificação de satisfação. Assim, esta ampliação se dá com o tempo visto que se fazem necessários recursos econômicos para tanto. É do Estado o dever de propiciar muitos destes princípios fundamentais constitucionalmente previstos, a maioria deles através de políticas públicas específicas.

Os direitos fundamentais têm natureza jurídica própria, não sendo meras regras de estrutura. Existem direitos fundamentais voltados a prestações positivas e, com eles, conflitos intersubjetivos baseados em direitos que acabam por obrigar o Estado a intervir e os limitar. Não são, portanto, meros valores jurídicos que orientam a formação do ordenamento ou concessões estatais, “mas, ao contrário, investem o particular em diversas prerrogativas, legitimando-o a exigir dadas condutas estatais”<sup>177</sup>.

Canotilho<sup>178</sup> apresenta algumas funções principais dos Direitos Fundamentais interessantes para a compreensão mais apurada de sua amplitude. A primeira delas seria a função de defesa ou de liberdade que estaria vinculada à defesa da dignidade da pessoa humana perante os poderes do Estado. A segunda seria a função de prestação social, em que o particular passaria a ter direito a programas elaborados pelo Estado a fim de lhe garantir direitos sociais, quais sejam, saúde, educação, segurança (compatíveis com os direitos de segunda geração)<sup>179</sup>.

Uma terceira função seria a de proteção perante terceiros. Nessa função, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida, e suas derivações, de agressões de terceiros ao titular do direito<sup>180</sup>. Exemplos desses direitos seriam o da inviolabilidade de domicílio, o direito de associação, a proteção a cartas e documentos, entre outros. E, por fim, a função de não discriminação em que o Estado precisa garantir a igualdade, através de políticas não discriminatórias.

---

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso em: 08 dez. 2014

<sup>177</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 96.

<sup>178</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-10.

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> Ibid.

Em todas as hipóteses trazidas, resta claro que o Estado aparece como responsável pela realização das funções que envolvem os direitos fundamentais. É o Estado pilar suficiente para garantir a efetivação desses direitos, bem como o responsável por realizá-los.

Observa-se, porém, que apesar de ser dada ao Estado a função de provedor dos direitos fundamentais, não lhe é dado o de fazê-los de maneira discriminatória. Esse dado é bastante relevante para a compreensão da problemática trazida nesta dissertação que advoga na linha da realização dos direitos fundamentais de maneira ampliada e universal, afastando prerrogativas e privilégios.

Apesar de todos os direitos fundamentais postos constitucionalmente, e de imediata realização, importante observar que não se pode contemplá-los de uma só vez por falta de estrutura, seja ela física ou financeira. Não se trata de querer ou não, dado que não restam dúvidas que o Estado é obrigado a realizar os direitos constitucionalmente previstos, mas não se pode simplesmente partir da premissa que serão estes disponibilizados de maneira total e imediata, sem consequências econômicas envolvidas<sup>181</sup>.

Ocorre que os recursos financeiros disponíveis são limitados, trazendo a realidade da escassez à atuação estatal, o que acaba por obrigar o Estado a fazer opções, elegendo quais direitos e em que forma podem ser disponibilizados, deixando sempre de atender a toda a população em todos as suas necessidades.

Então, existe um desequilíbrio entre a obrigação estatal, prevista constitucionalmente, e a sua real efetivação pela constatação de que não existe recurso suficiente para atender a todas as demandas. Ainda que exista a corrupção latente, trazida como causa na maioria dos casos, esta não é suficiente para a ampliação dos recursos ilimitadamente, a fim de alcançar todos esses direitos aqui discutidos.

Ninguém questiona a existência desses fatores (corrupção e desvios), mas eles por si só não são os únicos problemas. E ainda que fossem, é uma realidade que não se pode deixar de observar. Precisa-se entender que a escassez, por diversos fatores, é uma realidade na Administração Pública e para se ter um efetivo e justo controle desta realidade, não se pode deixar de entender e levar em consideração a limitação de recursos.

Não sendo efetivados os direitos fundamentais, pode-se, evidentemente, requerer tutela jurisdicional a fim de dirimir tal problema. O Poder Judiciário é competente para tal intento. Somente se questiona se simplesmente mandar realizar o direito fundamental sem analisar o

---

<sup>181</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.



contexto de escassez é mais que interferir na autonomia do poder executivo e legislativo, é dá as costas para a justiça<sup>182</sup>.

A mesma constituição determina a divisão dos recursos públicos e o planejamento dos gastos, através de planos anuais, plurianuais onde o poder executivo recebe determinada verba com rubrica específica para gasto. Não somente isso, a quantidade de direitos é inesgotável juntamente com as pessoas a quem se deve atender, sendo inversamente proporcional à limitação orçamentária.

O art. 165 da CRFB<sup>183</sup> define que serão disponibilizados por lei os planos plurianuais, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais em que constarão as diretrizes, objetivos e metas da administração pública, estipulando no parágrafo segundo que compreenderão as metas e as prioridades dessa mesma administração. Assim, não resta dúvida da ciência de uma enormidade, por que não dizer infinidade, de metas e objetivos, mas que precisam ser traduzidos de maneira a observar quais os que precisam ser priorizados, pela incapacidade da satisfação integral dos mesmos.

Bastava, porém, um mínimo de bom senso para se verificar que a escassez de recursos é uma realidade, que se agrava num país de extrema desigualdade e dimensões continentais. Não existem recursos disponíveis para a investidura em todos os pontos possíveis a se trabalhar, nem ao menos aos mais relevantes, sendo a escassez a regra e não a exceção.

Assim, em sua função de gestor, o Estado tem uma quantidade ilimitada de obrigações (incluindo nessas os direitos fundamentais) e orçamento limitado. Quais direitos serão priorizados é uma tarefa que cabe ao Estado (legislativo/executivo), baseada nas necessidades mais urgentes da população. A certeza dos direitos constitucionais, trazidos de maneira expressa e inquestionável, não reverbera em recursos, infelizmente.

Havendo desmandos e desvios, o judiciário deve ser convocado para delimitar os limites legais dessa atuação. Mas não se pode deixar de compreender que a própria Administração Pública deverá ser o “primeiro juiz”, ou seja, ela tem que verificar se esta fazendo o certo, o ideal.

A proteção dos direitos apenas para os que ingressam no judiciário, ou mais ainda a estes, acaba por afastar a função não discriminatória dos direitos fundamentais, uma vez que é percebido apenas por estas pessoas, utilizando recursos já destinados para outras políticas públicas que atenderiam à população de maneira indiscriminada.

---

<sup>182</sup> VANDELDE, K. J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>183</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Artigo 165**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

O princípio da igualdade pode ser traduzido de várias maneiras, mas parece não ser entendido em sua amplitude por quem precisa utilizar. Quando a Constituição da República deixa claro que todos são iguais perante a lei, significa que o Estado não pode privilegiar ninguém (tanto em políticas públicas quando na elaboração de leis) e deve garantir um tratamento isonômico que diminua cada vez mais as diferenças já existentes entre os cidadãos.

“O princípio da igualdade é não apenas um princípio do Estado de direito mas também um princípio de Estado social”<sup>184</sup>. Esta observação é importante para se ter uma dimensão mais significativa do alcance pretendido da igualdade<sup>185</sup> que não se restringe a atendimento indiscriminado dos direitos sociais contidos na Constituição.

O Estado torna a ter papel significativo e imprescindível no tratamento dos direitos fundamentais uma vez que se torna o “organizador” deles e o responsável pela igualdade tão fortemente pretendida. A busca do interesse público perpassa pela tradução justamente dessa perspectiva isonômica, marcada pelo entendimento da sociedade de maneira global e não individualizada como muitos pretendem.

Por óbvio que não se pode deixar de observar o direito ao acesso à justiça e a garantia de tutela efetiva. Estes se encontram presentes e em destaque no ordenamento jurídico pátrio. O ponto pulsante da questão é até que ponto a interferência judicial é possível sem a efetiva afronta aos direitos fundamentais de toda uma coletividade em detrimento de uma única pessoa. Essa observação toma corpo quando da análise de casos concretos de efetivação de direitos fundamentais, que serão apresentados em breve.

### **3.3.2 Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais e o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social**

Percebendo a extensão dos Direitos Fundamentais, resta claro que não existe uma limitação específica, *prima facie*, a eles. Porém, existe um núcleo essencial em que não pode haver interferência nem subtração, sendo o ponto específico e singular do direito fundamental.

---

<sup>184</sup> CANOTILHO, J. J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430.

<sup>185</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Este ponto de corte é o mínimo que se permite limitar quando diante de direitos fundamentais, não sendo admitido que este núcleo seja violado, por isso é fixado um limite de atuação<sup>186</sup>.

A identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é importante para definir o grau de flexibilização e possibilidade de ponderação destes direitos. Isso porque a ponderação somente pode ser permitida quando não atinge e extingue o núcleo essencial deste direito. Esse limite é imprescindível para a garantia da eficácia dos direitos fundamentais e para toda a estrutura jurídica em que estão inseridos<sup>187</sup>.

A compreensão deste fenômeno é importante dado que a ponderação de direitos e princípios se torna cada vez mais necessária. E isso ocorre porque, no intuito de proteger um direito fundamental, muitas vezes, precisa relativizar outro. Assim, pela necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais, a flexibilização de um ou alguns é uma forma de sobrevivência de todos.

O entendimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais perpassa pela noção de que ele atua como limite às leis restritivas a fim de evitar que estes direitos fiquem inteiramente à disposição do poder público<sup>188</sup>. Por isso, o núcleo essencial acaba por blindar os direitos fundamentais, impedindo que os mesmos desapareçam ou sejam diminuídos a uma situação tal que deixem de estar presentes e igualmente ativos.

O reconhecimento da existência desse núcleo essencial não é recente, sendo a Alemanha a percussora de tal instituto, intitulado “limite dos limites”<sup>189</sup>. O objetivo era o de coibir abusos que pudessem resultar no esvaziamento e até mesmo a supressão dos direitos fundamentais<sup>190</sup>.

A importância da garantia de um núcleo essencial intocável é a certeza de que sempre haverá uma intervenção estatal, e esta tem um limite na atuação. Junto a isso, há necessidade

---

<sup>186</sup> CHEQUER, C. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). **Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>> Acesso em: 25 jan. 2015.

<sup>187</sup> MATOS, F. Direitos fundamentais: núcleo essencial como limite de flexibilização. 2010. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14449/direitos-fundamentais-nucleo-essencial-como-limite-de-flexibilizacao#ixzz3ProqTNP>> Acesso em: 25 jan. 2015.

<sup>188</sup> SAMPAIO, M. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 165.

<sup>189</sup> Expressão atribuída a Karl August Bettermann em uma conferência em 04/11/1964 perante a Berliner Juristischen Gesellschaft que tratava sobre o limite dos direitos fundamentais na constituição alemã. In: SAMPAIO, M. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146.

<sup>190</sup> SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123.

de justificação das restrições estatais dos direitos fundamentais, e também de um controle dessa atuação. O equilíbrio entre as possibilidades e as perspectivas é sempre bem-vindo principalmente quando se está diante de direitos tão caros. É, portanto, uma forma de impedir desmandos da parte de quem os deve efetivar, percebendo que, ainda em situações de escassez, um mínimo de direito deve ser preservado.

Ao se identificar o conteúdo essencial dos direitos sociais deve-se ter neste uma exigência de um mínimo cuja não implementação, ou concretização aquém do núcleo essencial, acarreta inquestionavelmente inconstitucionalidade. A garantia do conteúdo essencial é irreversível, imediata e jamais pode ser denegada.<sup>191</sup>

Não restam dúvidas, portanto, que o respeito ao mínimo essencial dos direitos fundamentais é mais que uma obrigação, é um dever cuja a não observância acarreta inconstitucionalidade<sup>192</sup>. Não se pode pensar em direitos fundamentais com uma perspectiva não conservacionista, em que pode deixar de existir a qualquer momento. Por isto mesmo, como os mesmos são definidos e conquistados, não podem mais deixar de existir, inclusive as suas extensões. Desemboca, assim, no princípio da vedação ao retrocesso social, garantia esta já assimilada em muitos estados democráticos de direito.

O princípio da vedação ao retrocesso social diretamente ligado à efetividade dos direitos fundamentais, principalmente os sociais. Também chamado de princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais, seria uma garantia da concretização das pretensões sociais já conquistadas, não podendo as mesmas deixar de existir. Uma vez os direitos fundamentais conquistados no Estado Democrático e Social de Direito, não se pode mais retroceder<sup>193</sup>.

Esse princípio não se confunde com a retroatividade da norma, mas de dispor de uma eficácia imediata em que se modificam as normas que regulam os direitos sociais prestacionais, mas não atingem as situações consolidadas. Assim, não se trata de processo ou procedimento, mas de compreensão da impossibilidade de um direito social efetivado deixar de existir<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> SAMPAIO, M. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> RAMOS, M. C. S. **Princípio da Proibição de Retrocesso Jusfundamental Aplicabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 21.

<sup>194</sup> NETTO, L. C. P. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

Este princípio é norma jusfundamental ampliada que proíbe o Legislador de alterar ou suprimir normas infraconstitucionais que tratam das normas constitucionais (direitos sociais) a ponto de violar sua eficácia<sup>195</sup>. Verifica-se que ele atinge a própria eficácia dos direitos sociais elencados, protegendo-o de sua não aplicação.

Importante frisar que essa limitação dada pelo princípio atinge também o constituinte originário. Muito embora seja apresentado como ilimitado em sua possibilidade de atuação, esse poder encontra limites nos direitos humanos, principalmente em Estados Democráticos de Direito<sup>196</sup>.

Esses institutos aqui trazidos refletem o grau de maturidade e obrigatoriedade que os Direitos Fundamentais alcançaram. Não resta dúvida de que eles são imprescindíveis e de que devem ser efetivados da maneira mais completa possível. Pela própria perspectiva de serem muito extensos e indeterminados, importantes mecanismos que vedam sua supressão, buscando sempre sua efetivação cada vez mais completa.

---

<sup>195</sup> Ibid., p. 113.

<sup>196</sup> RAMOS, M. C. S. **Princípio da Proibição de Retrocesso Jusfundamental Aplicabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 115.

## 4TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

A Administração Pública tem papel de efetivador dos direitos (de maneira extensa), não resta dúvida de que esse papel sofre alterações nos diversos tipos de sociedades, de acordo com as disponibilidades de recursos e valores a serem perquiridos. No ambiente de escassez, há a necessidade de eficiência e ampliada, e esta se percebe cada vez mais pela própria ampliação dos direitos fundamentais.

É verdade que a ideia de eficiência só faz sentido se imaginar que os recursos são relativamente escassos, isto é, se existe uma escassez relativa de recursos. Quando existe abundância de recursos, não há que centrar as preocupações em problemas de distribuição ou de eficiência (*stricto sensu*). Por outro lado, perante a escassez extrema, as preocupações centrais extrapolam mesmo as eficientísticas, firmando as atenções em questões atinentes a critérios para uma “eleição trágica”<sup>197</sup>.

Os papéis traçados para a Administração Pública consistem, dentre outros, no cumprimento da finalidade social do bem comum e na garantia da efetivação dos direitos fundamentais e sociais elencados na Constituição Federal. Assim, ela deve proceder por uma valoração dos interesses envolvidos nas escolhas discricionárias possíveis à intenção única da mais eficiente, ou seja, a que prevaleça o princípio da boa administração<sup>198 199</sup>.

Como já dito, a eficiência perpassa pela observação da relação custo-benefício de determinado ato a fim de assegurar a efetivação dos objetivos esperados com os recursos possíveis. Assim, não resta dúvida que a relação entre direito e economia se torna pertinente dado que não se pode afastar da realização do direito, da justiça, a disponibilidade financeira para sua real aplicação.

Por esta razão, deve-se incluir a análise econômica do direito neste contexto. Aliás, para a garantia de uma gestão estatal satisfatória não se pode deixar “escapar” o estudo das disciplinas circuncindantes a exemplo da economia, sociologia, antropologia, psicologia, dentre outras. No caso do princípio da eficiência na gestão pública, o elemento recurso financeiro é peça fundamental.

---

<sup>197</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 102.

<sup>198</sup> Direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz.

<sup>199</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

A análise econômica do direito, verificando os impactos que as decisões administrativas e judiciais têm na receita pública, remete a algumas constatações interessantes. Primeiramente, vale deixar claro que qualquer ação pública requer recursos públicos<sup>200</sup>. Por serem esses públicos, precisam de uma gestão especial onde sejam observados os diversos princípios administrativos, otimizando os recursos da melhor maneira possível (eficiência) e, ao mesmo tempo, respeitando as limitações impostas pela legislação.

Esse tipo de gestão não é simples. Nem sempre se conta com pessoas capacitadas pra tanto uma vez que o poder executivo é formado em sua base por pessoas que se candidatam ao cargo em eleições diretas, não sendo em sua maioria preparada para administrar qualquer coisa. Os chefes do poder executivo são eleitos pelo povo. Essas eleições envolvem uma série de fatores políticos que não necessariamente envolvem a capacidade técnica de gestão.

No Brasil, as campanhas eleitorais passam longe de apresentar propostas concretas de gestão, apegando-se muito mais à relação emocional que o eleitor passa a ter com o seu candidato. Não é nenhuma novidade que os partidos políticos brasileiros, há muito, passam longe de suas aspirações ideológicas, sendo cada vez mais parecidos. Independentemente disso, o eleitor brasileiro ainda não está preparado para tomar suas decisões políticas de maneira imparcial (talvez a maioria dos eleitores no mundo), o que faz com que suas escolhas sejam muitas vezes emocionais.

Quando eleitos, são estes que escolhem quem serão seus gestores nas diversas searas, os assessorando nas diversas secretarias e ministérios. Algumas vezes, essas escolhas são técnicas, respeitando a capacidade de gestão em determinada área, outras apenas política para atender às exigências das alianças partidárias.

Apenas em nível de esclarecimento, diferente de uma empresa privada, onde a capacidade técnica é valorizada para ocupação de cargos de gestão, na vida pública, muitas vezes, isso não é relevante. Além disto, a atuação é, em grande escala, agigantando-se conforme se passa do poder municipal pro estadual e deste pro federal.

A quantidade de gestores e, conseqüentemente, servidores é enorme. São muitas demandas para muitas pessoas realizarem. Por mais que se tenha uma normatização e padronização de procedimentos, torna-se complicada uma uniformidade que garanta sempre o respeito à eficiência.

E é nesse cenário que se dá a obrigatoriedade de realização das políticas públicas com a finalidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Somado a isso, a certeza da

---

<sup>200</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R.. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

escassez de recursos que comporta todas essas obrigações para toda coletividade sem exceções. São diversas demandas que precisam ser antes de implementadas, estruturadas<sup>201</sup>.

O objetivo deste estudo não é achar justificativas para a não efetivação da Constituição Federal, pelo contrário, o entendimento da realidade social, política e econômica somente corrobora para se achar uma forma mais concreta de alcançar a realidade jurídica. A feitura de leis não é o suficiente para sua efetivação, como parece acreditar muitas pessoas. Seria simples e mágico se a aprovação de uma lei fosse suficiente para resolução de qualquer problema.

Mais do que ser aceita pela sociedade ela precisa de estrutura administrativa para seu fiel cumprimento. Nesse bojo, estão incluídos os recursos financeiros capazes de efetivar não só a fiscalização do cumprimento destas leis, como, na maioria das vezes, sua própria efetivação que depende de programas governamentais<sup>202</sup>.

Todos estes fatores são fundamentais para entender o que vem a ser a Teoria das Escolhas Trágicas. Não se trata, como comumente se observa em julgados, de uma desculpa para a não efetivação de um direito, mas da completa impossibilidade de atendimento a todas as demandas para todos, sendo que a igualdade e a justiça são elementos fundamentais para tal discussão.

#### 4.1 ORIGENS DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

As escolhas trágicas fazem parte da própria história da humanidade. Desde sempre, o homem precisa decidir, dentre as opções existentes, qual é a mais interessante para ele, a mais ideal. As primeiras aparições da tragédia ocorreram na literatura grega quando os filósofos a usavam como forma de revelar aos alunos os fatos considerados verdadeiros e tendo, nas emoções fortes, a fonte das percepções da vida humana que consideravam boas, ideais<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> VANDEVELDE, K. J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>202</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>203</sup> NUSSBAUM, M. C. **A fragilidade da bondade – Fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega**. São Paulo: Ed. Wmf Martinsfontes, 2009.



Em diversas histórias gregas as escolhas trágicas aparecem como elementos presentes e centrais - a exemplo de Eurípedes, Alceste, Andrômaca, Bacantes, Helena e Medeia<sup>204</sup> - dado que as escolhas trazidas sempre envolvem prejuízos, quaisquer que sejam. Envolvem escolhas entre família e dever de Estado, entre ética e proteção a filho, entre outras, apresentando sempre conflitos éticos/morais e a certeza de que as escolhas acarretaram decisões que terão um prejuízo, um desfecho trágico. É essa influência da filosofia moral contemporânea herdada da filosofia ética grega<sup>205</sup>.

A tragédia é estudada por muitos filósofos, a exemplo de Aristóteles, que trouxe como elemento a vulnerabilidade, ou seja, a certeza da incerteza, principalmente no que se refere às atividades relacionais, incluindo amor, amizade, justiça e a própria fortuna<sup>206</sup>.

Este último estudo é de muita valia para o entendimento das escolhas trágicas. Isto porque envolvem a possibilidade de se ter liberdade de escolha. Quando em estado de abundância, as possibilidades de escolha se multiplicam. Quando em situação de escassez, as possibilidades de escolhas diminuem.

Aristóteles acentuava a influência das condições mundanas como imprescindíveis para a escolha. A moral estava inserida nesse contexto em que partia também da percepção dos elementos que circundavam o homem, desenvolvendo nisso a possibilidade de graduar a importância das coisas<sup>207</sup>.

Até se questionava se realmente existia a liberdade de escolha mesmo, em razão de que uma série de elementos influenciava diretamente na escolha, muitos desses incontornáveis. Se assim é em relação a escolhas pessoais, como não será em relação a escolhas administrativas, que envolvem diretamente a obrigatoriedade de eficiência e ponderação?

Aristóteles lança mão dos conflitos éticos e morais na efetivação dessas escolhas dado que elas não se devem pautar em sentimentos, mas não é isso que se vê cotidianamente. Em toda a história, inclusive nas próprias tragédias gregas, é comum ver decisões baseadas em sentimentos. Essas escolhas trágicas, decididas pela emoção, despertam consequências muito mais difíceis de serem resolvidas.

---

<sup>204</sup> PEREIRA, M. H. R. El Hombre em la Poesia Griega Arcaica. **Estudios Clássicos**, n 49. Madrid: Éditeur Patronato Menendez Pelayo, 1966.

<sup>205</sup> NUSSBAUM, M. C. **A fragilidade da bondade** – Fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. São Paulo: Ed. Wmf Martinsfontes, 2009.

<sup>206</sup> Ibid.

<sup>207</sup> Ibid.

Também tem espaço nas relações entre os homens nos poemas homéricos, uma vez que traz o elemento destino, com a informação e dúvida se é possível a escolha ou não<sup>208</sup>. Assim, a existência ou não de opções aparece na filosofia desde muito tempo, bem como a própria concepção de tragédia, de possibilidades não agradáveis.

Martha C. Nussbaum deixa claro, porém, que são escolhas trágicas porque, necessariamente, geram prejuízos<sup>209</sup>. Por esta razão, devem ser criteriosas, ou seja, precisam ser tomadas com os devidos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e precisam ser feitas ponderando o caso concreto.

Este é o elemento principal das escolhas trágicas: a necessidade de ponderação e não apenas de sentimentos, uma vez que eles afastam a racionalidade. Quando necessária uma escolha estatal, a ponderação se torna ainda mais necessária, sendo observado com mais critério a razoabilidade e a proporcionalidade.

Existem questionamentos quanto à própria existência da liberdade de escolha. Para os adeptos do determinismo, como Dworkin, não existiria livre-arbítrio, visto que as pessoas não controlam a conduta, nem escolhem as crenças. Então, as escolhas trágicas estariam relacionadas às crenças já prestabelecidas, não sendo necessariamente escolhas<sup>210</sup>.

Mas isto se dá no campo particular, em que o livre arbítrio estaria presente. No campo coletivo, as escolhas não dependem de crenças individuais, e sim de valores coletivos. E os administradores públicos precisam observar os anseios sociais para tomar as decisões que respeitem não só a vontade coletiva como os princípios necessários a serem ponderados.

É impossível, exceto em assuntos especialmente banais, fazer uma escolha sem supor que existem escolhas melhores e piores a serem feitas; ou seja, é impossível fazer escolha sem supor que essa escolha seja um objeto adequado para uma autocrítica. É impossível separar o pensamento “o que devo fazer?” do pensamento “qual é a melhor decisão a ser tomada?” A questão não precisa girar, e raramente gira, em torno de uma crítica moral ou mesmo ética.<sup>211</sup>

Assim, o próprio Dworkin deixa claro que as diversas possibilidades acabam por gerar dúvidas quanto à escolha pela simples razão de não se ter certeza de que a escolha é a mais

---

<sup>208</sup> PEREIRA, M. H. R. **Estudos de História da cultura clássica**: cultura grega. Vol. 1, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

<sup>209</sup> NUSSBAUM, M.; SEN, A. **The Quality of Life**. The United States by Oxford University Press, 1993.

<sup>210</sup> DWORKIN, R. **A Raposa e o Porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 341.

acertada. Mas quando se tem em uma constituição valores considerados essenciais para determinada sociedade, já existe um ponto de partida teórico para nortear as escolhas.

Percebe-se assim que as escolhas trágicas são parte integrante da história humana, representando as diversas possibilidades, precisando de uma resposta que melhor se identifique com as necessidades do caso concreto.

A tragédia grega foi a base teórica para caracterização desta teoria que parte da necessidade de escolher, dentre as diversas opções, qual será priorizada. A certeza, quando nessa situação, é que algo será prejudicado, deixado de lado (ainda que provisoriamente), e esse é o ponto de identificação da tragédia da escolha.

Em uma situação em que existem vários direitos a serem tutelados e escassez de recursos, escolher quais serão priorizados significa que os demais serão, ao menos naquele momento, deixados de lado o que somente pode ser considerada uma escolha trágica.

#### 4.2 JUSTIÇA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para compreender a profundidade das escolhas trágicas no direito faz-se necessário um breve passeio pela justiça e pela economia do direito, entendendo o alcance que esses elementos têm, os quais vão além de uma simples observação na incorporação do direito. Não sendo um elemento destacado e independente, o Direito dialoga com várias outras disciplinas e necessita delas para que se tenha sua visão total do que se está observando.

O direito já nasce com uma natureza transdisciplinar. Derivado de outras ciências, a exemplo da sociologia, história e antropologia, foi, a princípio, forma de organização social<sup>212</sup>. Posteriormente, como ciência independente, continuou com suas relações estreitas com diversas outras ciências, abarcando, em casos concretos, um determinado aspecto da vida social. No dia a dia do direito, as diversas demandas, acabam por fazer com que o jurista adentre as demais ciências, necessitando o mínimo de conhecimento destas para defesa de sua tese, quando em processo judicial.

Assim como o advogado (promotor, defensor, procurador), o juiz também tem a necessidade de compreensão da matéria abordada no caso concreto. E este é um ponto

---

<sup>212</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

importante de se analisar: a construção do direito é feita na observação do caso concreto, do sentido da norma<sup>213</sup>.

Essa natureza transdisciplinar é suficiente para exigir do jurista uma nova postura, em que é imprescindível a observância do todo e não apenas de uma da letra fria da lei<sup>214</sup>. Não se pode deixar de salientar que, ainda assim, existe uma necessidade de diálogo entre o direito e todas as outras ciências uma vez que o direito não é algo solitário, pelo contrário, é algo que se constrói partindo de outras ciências, na tentativa de normatizá-las. Mais que isso, utiliza-se de conhecimentos de outras ciências para se concretizar.

A economia é uma dessas ciências que interagem constantemente com o direito. Principalmente pelo impacto econômico que algumas decisões, precisamente quando se fale em justiça e em recursos públicos para atendimento dos direitos fundamentais<sup>215</sup>. Uma decisão judicial que determine a alocação de um milhão de reais para atender a uma demanda específica de um cidadão, por óbvio deixará de atender às demandas coletivas, e nesse ponto, adentra-se o significado de justiça, se ela está sendo exercida ou não.

#### 4.2.1 Justiça e seus contornos

A justiça aparece como objetivo do direito, sendo algo completamente etéreo. Mais do que um conceito indeterminado, a Justiça é um ideal que varia muito de acordo com os valores éticos e morais de quem a analisa. “Um traço essencial da concepção contratualista da justiça é que a estrutura básica da sociedade é o objeto primeiro da justiça”<sup>216</sup>.

Parte-se, portanto, da leitura da justiça pela via sociológica, que a compreende no bojo de uma sociedade com seus valores e suas perspectivas estabelecidas. Não dá para dissociar a justiça da moral e ética social, visto que perpassam por valores em comum. Assim, entende-se a justiça pelo viés da cooperação social com uma estruturação de toda sociedade a fim de garantir a efetivação da justiça, observando os valores próprios dela.

---

<sup>213</sup> COSSIO, C. *La Valoracion Jurídica Y La Ciencia Del Derecho*. Capítulos I e III. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1941.

<sup>214</sup> WOLKMER, A. C. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>215</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>216</sup> RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 3

Faz-se importante fazer um parêntesis para tentar conceituar *justiça*. O conceito de justiça, apesar do termo ser amplamente difundido, é completamente abstrato, sendo associado à ética, à moral social, à equidade. Para John Rawls, o conceito público de justiça seria a “carta fundamental de uma sociedade humana em boa ordem”<sup>217</sup>. Percebe-se que a indeterminação dessa conceituação, em vista de não se ter referência de uma delimitação de boa ordem.

Os que sustentam concepções diferentes de justiça podem, então, ainda concordar que as instituições são justas quando não existirem distinções arbitrárias entre as pessoas na determinação dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecerem um equilíbrio entre as reivindicações de vantagens na vida social<sup>218</sup>.

A justiça se realiza com a equidade. Já Boaventura de Sousa Santos acredita que a justiça está diretamente associada “às funções sociais por ela desempenhadas e, em particular, ao modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções técnicas a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos”<sup>219</sup>.

A justiça então ganha importância diretamente relacionada ao anseio social, equilibrando os antagônicos. Percebe-se, portanto, um papel social da justiça, mas não há de se excluir também o papel político e o econômico. Tércio Ferraz Jr admite que a “justiça confere ao direito um significado no sentido da razão de existir”<sup>220</sup>. Mas isso significa apenas que o direito precisa ser justo, não responde ao que vem a ser a justiça.

Resta clara a relação direta entre o direito e a justiça, e como o direito é algo amplo que evolve o contexto social, a justiça acompanharia toda essa conjuntura. “Sendo assim, a justiça nunca se põe como um problema isolado válido em si e por si”<sup>221</sup>. Apesar das diversas interpretações de justiça e da sua indeterminação, não resta dúvida que é um conceito moldável. Mas, em todas as situações, ele está intimamente ligado a uma prestação, um dever, um direito que esteja sendo disponibilizado de maneira irrestrita e a todos.

---

<sup>217</sup> RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 28

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>219</sup> SANTOS, B. S. **Pela Mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 168.

<sup>220</sup> FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 352.

<sup>221</sup> SOARES, R. M. F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana** – em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24

Segundo Rawls, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, e está intimamente ligada à equidade, entendendo que uma sociedade justa é aquela em que as liberdades e os direitos entre os cidadãos são iguais e imunes a barganhas políticas. Ainda que existam inúmeras teorias da justiça, não se pode deixar de observar que elas convergem no entendimento que as instituições são justas quando não existem distinções arbitrárias entre as pessoas na sua relação com os direitos e deveres básicos e no equilíbrio destas na vida social<sup>222</sup>.

Ele tentou compreender a justiça imaginando que os membros de uma sociedade escolhiam os princípios que deveriam reger a sociedade, antes mesmo de saber quais eram as situações em que seriam submetidos. Nesse universo, pensa-se em uma ética igualitária onde as desigualdades (mesmo as que estavam relacionados ao próprio contexto, incluindo a situação de nascimento) eram afastadas com a criação de um máximo de oportunidades<sup>223</sup>.

Percebe-se, portanto, que a ideia de justiça está sempre relacionada à própria ideia da sociedade que se pretende ter, ou a que se tem incluindo suas ideologias. O contexto social é o limite de compreensão da extensão da justiça e, por isso, ela difere em cada sociedade, pela expectativa do que venha a ser justo ou correto.

Portanto, para se compreender o direito e a justiça em determinado país, precisa-se compreender o projeto político a que ele se subordina. A corte que controla o direito pertencente a determinado local precisa determinar, antes de mais nada, o próprio direito, qual a extensão dele e quais valores estão sustentados em todo projeto sócio-político-jurídico daquele lugar<sup>224</sup>.

Não se pode separar o estudo das ciências humanas em geral correndo o risco de não entender o fenômeno que permeia a inter-relação entre justiça, direito, sociedade, economia, política e muitos outros. E não se pode deixar de olhar a justiça analisando a própria estrutura social local, os seus valores, a história daquela região. Essa associação é obrigatória, uma ligação com um povo ou sociedade pelo nascimento em um local específico. A sociabilidade e um fenômeno da vida social, indissociável. O homem depende da sociedade e esta, por sua

---

<sup>222</sup> RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 27-9.

<sup>223</sup> Ibid., p. 50 a 65.

<sup>224</sup> VANDEVELDE, K. J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 181.

vez, depende do homem. O ser social é mais rico e mais completo que o ser individual. Torna-se importante observar que a sociedade não é só coerção, é também produto espontâneo<sup>225</sup>.

Por óbvio, as noções do certo e do errado, bem e mal são observadas quando da apreensão moral das coisas, bem como da própria justiça. Esses juízos de valores são cruciais para se apreender os fundamentos éticos e morais das diferentes sociedades, verificando a elasticidade de conceitos e condutas, suportáveis pra uns, imprescindíveis para outros, e intoleráveis pra muitos.

Por esta necessidade de interação e convívio, os valores e regras morais são desenvolvidos, sendo, *a priori*, percebidas pelos costumes e acordos sociais, muito embora, muitas vezes, sejam são confundidas com o próprio direito por se tratar de regras de conduta. De toda sorte, não se pode deixar de observar que as normas e as regras são características implícitas da vida humana, principalmente pela própria racionalidade do homem. A vida se desenvolve no mundo normativo<sup>226</sup> e é ele que trata, a princípio, da noção de justiça.

Partindo dessa premissa, percebe-se a ligação intrínseca que existe entre a moral e o direito. Para parte da doutrina, a moral é algo completamente ligado ao interno, a relação que o homem tem com as regras de dentro pra fora<sup>227</sup>. Já o direito é imposto, institucionalizado, não significando algo que agrida ou não se concorde, mas que não aparece de maneira espontânea.

Observa-se que a justiça está intimamente ligada à valoração, à ideologia de vida de cada um que a interpreta. Para Lukács, é o ponto vital de importância para o funcionamento de qualquer sociedade.

Tem de ordenar essas decisões isoladas em um contexto de vida geral dos seres humanos e esforçar-se por esclarecer ao indivíduo como é indispensável para sua própria existência avaliar as decisões segundo os interesses coletivos da sociedade<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> COSSIO, C. **La Valoracion Jurídica Y La Ciencia Del Derecho**. Capítulos I e III. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1941.

<sup>226</sup> BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 23-4.

<sup>227</sup> BAHENA, K. C. D. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

<sup>228</sup> LUKÁCS, G. **Prolegômenos para uma ontologia do ser social**. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2010, p. 43.

Ultimamente, a ideologia aparece como uma valoração pejorativa, sendo um contraponto estático às alterações sociais que acabam por também interferir nos demais institutos aqui tratados, elasticendo os conceitos contidos na própria justiça. “As ciências sociais ainda não desenvolveram uma concepção genuinamente não avaliativa da ideologia”<sup>229</sup>, assim, permanecendo esta como algo de difícil acesso, isento de sentimentos.

Isso ocorre porque a ideologia desempenha a função de dizer o que as pessoas devem fazer, garantindo assim resultados benéficos, ainda que caracteristicamente agnóstica e militante, principalmente em convicções alternativas a ela<sup>230</sup>. Sendo um conjunto de ideais, pensamentos que orientam as ações sociais ou algo que acaba por mascarar a realidade, o certo é que ela também apresenta uma valoração, com pontos relevantes para determinada pessoa, grupo ou sociedade.

A justiça compreende, portanto, as noções de igualdade, liberdade, solidariedade, definindo que todos são corresponsáveis pelo mundo, dado que ele é compartilhado. Não se trata de lei ou judiciário, não é algo abstrato, é a aplicação da lei e do direito a cada um dos indivíduos, porém, pressupõe igualdade no tratamento e equidade no acesso aos recursos<sup>231</sup>.

Rawls desenvolveu uma teoria da justiça que a assemelha à equidade, utilizando as ideias fundamentais, como ele mesmo expressa, “latentes no bom senso”, relativas à liberdade, à igualdade, à cooperação social ideal e à pessoa<sup>232</sup>. Não se pode afastar a própria efetivação dos direitos fundamentais da noção de justiça, mas este feito de maneira equânime, não privilegiada. Para ele, é necessária a limitação do conhecimento (ou seja, de quem somos em todos os sentidos) com o objetivo de assegurar a imparcialidade e, assim, alcançar a justiça.

Existe uma multiplicidade de conceituações de justiça, dentre elas, faz-se interessante salientar a justiça distributiva/social para entendimento do contexto teórico aqui abordado. A justiça distributiva se relaciona ao tratamento comparativo em que a distribuição é feita de maneira proporcional, respeitando as necessidades de cada um. O Estado é o provedor desta distribuição de justiça, que se estrutura para compreensão e relação diferenciada com cada

---

<sup>229</sup> GEERTZ, C. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 108.

<sup>230</sup> BAUMAN, Z. **A arte da vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

<sup>231</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 192.

<sup>232</sup> RAWLS, J. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



cidadão, observando suas necessidades em graduação, dando mais pra quem mais precisa, e menos pra quem menos precisa.

Os que sustentam concepções diferentes de justiça podem, então, ainda concordar que as instituições são justas quando não existirem distinções arbitrárias entre as pessoas na determinação dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecerem um equilíbrio entre as reivindicações de vantagens na vida social<sup>233</sup>.

A distribuição de riqueza pelos membros de sua sociedade é possível e esperada nesse contexto. Não é o Estado somente que se responsabiliza por ela, mas toda a sociedade. De qualquer sorte, a justiça perpassa pelo entendimento de pertencimento e relação entre os membros de uma mesma sociedade. Não há que se falar em “justiças” tratando de diferentes, salvo se for para, de certa forma, traduzir a isonomia, aproximando as pessoas, tornando-as mais equânimes.

A justiça social trazida por Rawls<sup>234</sup> agrega as instituições sociais e o modo que estas distribuem, não só direitos mas também deveres fundamentais e determinam vantagens provenientes da cooperação social. Isso muito lembra a “teoria da dádiva” apresentada por Marcel Mauss<sup>235</sup>, em que existe uma ligação de troca e reciprocidade nas relações, qualificando a dádiva como forma de relação social e de transação econômica. Também apresenta em sua teoria a importância da tríplice obrigação “dar, receber e retribuir”, apresentando o princípio de reciprocidade tão importante para a análise da justiça e da configuração social pretendida nesta dissertação.

---

<sup>233</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 29.

<sup>234</sup> RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

<sup>235</sup> MAUSS, M. Essais de sociologie. Paris, Éditions de Minuit. In: **Un article publié dans la revue Sociologie et sociétés**, vol. 36, no 2, automne 2004, pp. 135-140. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss\\_marcel/fait\\_social\\_formation\\_caractere/fait\\_social\\_caractere.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/fait_social_formation_caractere/fait_social_caractere.pdf)> Acesso em: 27 dez. 2014.

#### 4.2.2 Análise Econômica do Direito

A análise econômica do Direito, que teve destaque nos Estados Unidos na década de 1960<sup>236</sup>, trata da análise do fenômeno jurídico e suas instituições numa perspectiva econômica, ou seja, é uma disciplina que faz a junção da economia e do direito. É a verificação do comportamento humano, que é também objeto da ciência econômica, em sua relação com as normas jurídicas que regulamentam suas condutas<sup>237</sup>.

Não dá para separar direito da economia, nem esta da vida. Muitos economistas adotam o posicionamento de que qualquer questão envolvendo uma escolha tem uma dimensão econômica, e, nesse contexto, uma decisão jurídica teria também. Com certeza, as decisões que envolvem alocação de recursos têm claramente uma dimensão econômica relacionada<sup>238</sup>.

Pode ser definida de maneira mais técnica, observando a economia do direito como aplicação dos métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas, bem como os da teoria econômica, destacando a teoria dos preços. Porém, não se limita a assuntos que afetam apenas e diretamente os mercados ou a atividade econômica, estuda também as instituições legais fundamentais<sup>239</sup>.

Para a Análise Econômica do Direito, portanto, os efeitos devem ser verificados pelo o alcance das decisões jurídicas observando os pressupostos de racionalidade que vão além da simples aplicação da lei, que somente tem validade se obedecer ao sentido de justiça e ao respeito ao seu sentido de existência. E o todo tem que ser apreciado, não apenas uma parte da questão, como usualmente é feito.

Existem divergências entre os estudiosos da análise econômica do direito em sua amplitude e extensão. Existem críticas, por óbvio, ao exagero em considerar, como Posner<sup>240</sup>

---

<sup>236</sup> Este movimento se iniciou com Richard Posner, que agregou noções de economia e mercado à aplicação do direito.

<sup>237</sup> BARBOSA, L. M. B. Análise Econômica Soluciona Conflito entre Princípios. 2010. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-24/analise-economica-direito-solucoes-conflitos-principios>> Acesso em: 27 nov. 2014.

<sup>238</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

<sup>239</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 21.

<sup>240</sup> POSNER, Richard A. Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law. In: **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper** n. 53 (2D SERIES). Disponível em: <[http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)> Acesso em: 27 dez. 2014.

assim faz, que o critério de justiça é a eficiência. Não necessariamente a justiça e a efetivação de direitos estão intimamente ligadas à eficiência, mas é a última que garante a melhor amplitude da justiça. A melhor alocação de recursos com a finalidade de maximização de riquezas, principalmente em situações de escassez, é um mecanismo também de justiça.

A visão dos antigos adeptos à teoria do direito e da economia acreditava que todos deveriam buscar uma norma que conduzisse ao aproveitamento eficiente dos recursos, sendo descartadas as ações que não houvesse aproveitamento econômico<sup>241</sup>. Essa situação limite vai de encontro ao próprio sentido de Estado que tem funções prestacionais e não lucrativas. Mas a busca de uma situação de eficiência, com a minimização dos custos e maximização dos direitos, é o ideal em uma sociedade onde a escassez é realidade.

O que não deve ser esquecido, quando da aplicação do direito, é que ele depende do Estado e mais ainda, que direitos custam dinheiro<sup>242</sup>. Uma constatação tão simplória, mas que pouco se verifica quando discutida a efetivação de direitos. A teorização dos direitos pode até não ter um impacto econômico, *a priori*, mas quando se observa a aplicação, devem ser destacadas as consequências e os impactos econômicos deles. Isso se torna mais importante ainda porque, além do impacto econômico claro, está-se diante de um estado de escassez. Esse fato é premissa básica para a verificação da importância da análise econômica do direito que não é apenas traduzida em números, mas na eficiência da aplicação do direito e no alcance não individualizado que esse deve ter.

Analisando os direitos fundamentais e os impactos econômicos, verifica-se que, mesmo os de primeira geração, ou seja, os que são considerados negativos em que o Estado não tem que os realizar apenas impedir que existam obstruções ao seu exercício, precisam de alocação de recursos. Existe uma premissa, obviamente equivocada, de que os direitos mais fundamentais são essencialmente de menores custos, o que não se concretiza porque são deixados de observar os custos ocultos desses direitos<sup>243</sup>. Esses custos não são de efetivação, mas para garanti-los de maneira plena. Além dos aparatos estatais, existem custos com instituições públicas que os garantam, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o próprio Judiciário.

---

<sup>241</sup> VANDEVELDE, K. J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 167.

<sup>242</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999, p. 15.

<sup>243</sup> *Ibid.*

Os direitos da segunda geração produzem mais custos visto que o Estado tem a obrigação de realizá-los. Aqui, os custos se tornam mais explícitos, dado que existe previsão orçamentária diretamente relacionada à efetivação daquela política pública específica que estaria efetivando direito constitucionalmente previsto de maneira destacada.

Em relação a essa divisão dos direitos fundamentais, Holmes e Sunstein<sup>244</sup> entendem que não haveria separação entre direitos negativos e positivos, pois do final, de maneira maior ou menor, necessitam de recursos para se efetivar. Consideram que todos os direitos passam a ser positivos à medida que se utilizam recursos públicos. A nomenclatura deles pouco importa, a não ser para a teorização do assunto. O que esses autores chamam a atenção e que precisa ficar claro, e, por isto repetido algumas vezes, é que o direito tem um custo – para a sua criação e sua manutenção.

Por esta razão, entendendo a relevância dos custos, os direitos sociais e os direitos individuais seriam diferentes por uma questão de grau e não de natureza como a maioria dos autores afirmam. O fato dos direitos sociais demandarem mais recursos que os individuais, não tira destes últimos a certeza de que também demandam custos.

Interessante observar que o direito e a economia tratam essencialmente dos mesmos problemas: escassez e seus conflitos de interesses. Claro que está-se diante de conceitos e paradigmas que saem de vertentes diferentes, mas não deixará de observar essa similaridade. Assim, com a escassez de recursos e interesses diversos, tem-se que confrontar com o egoísmo, dado que o homem age principalmente em seu próprio interesse. O altruísmo e o princípio da solidariedade, tão utopicamente defendido, esbarram-se na constatação de que os homens são egocêntricos e enxergam apenas os seus direitos, sem verificar deveres e concessões para um bem comum <sup>245</sup>.

Quando diante da justiça social, não se pode mais pensar especificamente na garantia de um direito individualmente percebido, sob pena de estar incorrendo numa injustiça. O fornecimento do direito fundamental garantido constitucionalmente apenas para alguns não torna esse direito efetivo, apenas é exigível visto que se está diante de um direito fundamental que não pode ser retrocedido.

Não resta dúvida que o Estado é o responsável para a efetivação e manutenção dos direitos fundamentais, mas não se podem deixar de observar os custos que esses direitos

---

<sup>244</sup> Ibid.

<sup>245</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 40.

representam para toda a coletividade<sup>246</sup>. Os recursos não são estatais, e sim públicos, advindo de toda a sociedade que é onerada cada vez mais com isso. Assim, os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos<sup>247</sup>.

Não se pretende, trazendo a análise econômica do direito, o afastamento do sentido de justiça e necessidade de garantia, ainda que, para isso, afaste-se da maximização de riquezas. Aliás, não se fala em maximização de riquezas em nenhum momento. O que se pretende discutir é que não se pode, porque a Constituição Federal prevê atropelar outros direitos também constitucionais em nome da concretização de um deles para um indivíduo isolado, sem uma ponderação.

O direito é para todos, os recursos são de todos. Com essas assertivas em mente, não resta dúvida que a efetivação dos direitos fundamentais se faz obrigatória, desde que se verifique a escassez de recursos. Nesse ponto, o princípio da eficiência aparece como um forte alicerce para o equilíbrio entre esses dois institutos tão distantes e ao mesmo tempo coexistentes.

O princípio da eficiência está intimamente relacionado à análise econômica do direito, que precisa ser efetivado de maneira menos custosa ao Estado, pois assim será menos onerosa pra toda a coletividade, e mais direitos poderão ser garantidos. Os recursos são de todos e devem ser distribuídos de maneira a garantir uma equidade na realização dos objetivos estabelecidos constitucionalmente<sup>248</sup>.

Num estado de direito, não se fala de eficiência como valor preferido em detrimento de outros, mas como referência da uma atuação consciente. Os princípios convergem e conversam, trazendo a atuação eficiente como uma meta, sem deixar de compreender a obrigatoriedade da realização dos direitos fundamentais como finalidade.

---

<sup>246</sup> BURGO, V. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, A.P.; WATANEBE, K(Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 73-91.

<sup>247</sup> POSNER, R. A. Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law. In: **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper** n. 53 (2D SERIES). Disponível em: <[http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)> Acesso em: 27 dez. 2014.

<sup>248</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

### 4.2.3 Reserva do Possível

Para a melhor compreensão do sentido econômico das decisões administrativas e jurídicas, é factível atentar para a Reserva do Possível. É um conceito econômico decorrente da constatação da existência da escassez dos recursos (esses de natureza pública ou privada) em face da infinidade de necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais.

Sua aplicação resta clara quando observada na atuação privada, em que cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem de levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. Mas a escassez de recursos não ocorre apenas nas relações privadas, ocorrendo igualmente nas públicas. Os recursos públicos são limitados, isso é fato. A relação financeiro/política/jurídica é uma realidade, ainda que pouco aceita pelos que entendem que o Estado tem a obrigação a qualquer preço em efetivar imediatamente os direitos constitucionais, não resolvendo o problema da escassez nem a efetiva satisfação destes direitos, pois são realizados em um dado tempo e dado espaço, e não da maneira que se espera de um estado de direitos<sup>249</sup>.

Importante destacar que a reserva do possível está relacionada com a menor quantidade de recursos do que com as demandas, ou seja, a falta de recurso econômico é que inviabiliza a efetivação de determinada coisa. Isso está longe da incapacidade técnica<sup>250</sup>, que é o retrato da incompetência de alguém para realizar algo. A diferenciação é importante que seja destacada, porque, para justificar a falta de capacidade técnica, negligência ou inércia, muitos gestores vêm utilizando a reserva do possível como justificativa a de escusar a cumprir suas funções legais.

A reserva do possível pode ser observada desde logo quando o legislativo define os orçamentos. Sabe-se a previsão orçamentária, e definem-se as rubricas com suas destinações fazendo prévio juízo de valor e definição das metas e investimentos. Nesse momento, tem-se noção até onde se pode investir e atender aos direitos fundamentais, observando que necessária será a progressividade na implementação destes direitos. Se uma pretensão puder

---

<sup>249</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>250</sup> SCAFF, F. F. Reserva do Possível pressupõe Escolhas Trágicas. 2013. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>> Acesso em: 06 jun. 2013.

causar desequilíbrio no sistema jurídico, ela estará violando a reserva do possível, principalmente se afetar o princípio da igualdade material e do Estado Social<sup>251</sup>.

Por entender os recursos como limitados e saber que existe uma infinidade de direitos<sup>252</sup>, de maneira lógica, percebe-se que sua efetivação não se dará de maneira imediata. Assim, junto com o próprio entendimento da reserva do possível, deve-se atentar para a obrigatoriedade da progressividade na implementação dos direitos a fim de que esse instituto não perca sua real função: a de constatação de uma realidade, tornando-se uma justificativa vazia.

A eficiência parece corroborar com essa compreensão como ela elimina desperdícios, ampliando recursos, dado que os aplica da melhor maneira possível. Sendo o Estado eficiente, não aloca recursos desnecessários sobrando assim para que sejam cada vez mais ampliados, aproximando a necessidade de progressão da efetivação dos direitos fundamentais, o esperado por todos<sup>253</sup>.

Por óbvio, a interpretação da reserva do possível no Brasil muitas vezes afasta a obrigação do Estado em promover os direitos fundamentais a fim de garantir a dignidade da pessoa humana. Principalmente porque o ordenamento brasileiro é regido por princípios que vedam a relativização do mínimo existencial<sup>254</sup>. Dessa forma, deve-se proteger pelo menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Portanto, a Reserva do Possível seria mais um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais que uma barreira a ele. O Estado deve tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal.

O princípio da eficiência é ponto fundamental a corroborar com a reserva do possível. Se os recursos são limitados, mais um motivo para otimizá-los. A obrigatoriedade na prestação dos direitos de maneira eficiente é a resposta mais sensata à reserva do possível que não afasta a efetivação de tais direitos, apenas pondera as possibilidades econômicas para a verificação da extensão da efetivação.

---

<sup>251</sup> OLSEN, A. C. L. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível. 2006. Dissertação (**Mestrado em Direito**), Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

<sup>252</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>253</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>254</sup> SAMPAIO, M. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

### 4.3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

A Administração Pública tem como função a organização e a realização dos direitos sociais, conhecido como Bem Comum. Essa é a proposta da Constituição<sup>255</sup>. Para tanto, necessita atender às necessidades públicas através da organização e do gerenciamento das finanças públicas, um poder-dever de administrar o dinheiro público da melhor forma, de maneira a atender aos princípios atinentes, incluindo o da eficiência.

Dessa maneira, através das receitas públicas, obtidas pelas diferentes vertentes, tendo a tributação como maior fonte, verifica-se o valor pretendido e, a partir desse, provisiona as despesas, conforme previsão orçamentária previamente definida<sup>256</sup>. Com uma noção da arrecadação e sabendo o Estado que precisa realizar os direitos previstos, incluindo serviços públicos e políticas públicas, a Administração Pública tem nas mãos um instrumento para guiar seu trabalho de maneira a objetivar e permitir o controle destes gastos.

Ocorre que existe uma infinidade de necessidades, de ações e de direitos a serem satisfeitos e realizados, sendo, *a priori*, absolutamente impossível a completa concretude de todos esses a todos os cidadãos. Então, observando o disposto nas leis orçamentárias aprovadas pelo legislativo, a Administração Pública acaba por “escolher” quais serão atendidos e em qual proporção.

Diferente das necessidades ilimitadas, os recursos são limitados. O Estado possui uma receita específica que precisa ser aplicada de maneira a atender a um maior número de necessidades, distribuído da maneira mais eficiente possível. O legislativo e o executivo, no limite de suas atribuições, são responsáveis por definir a alocação destes recursos limitados. Essas opções são, não só, administrativas como também políticas, de modo que as escolhas, teoricamente, são feitas pelos representantes do povo eleitos por ele para a satisfação de ideais preestabelecidos nas suas plataformas políticas apresentadas na campanha.

O Poder Legislativo delimita os valores a serem destinados a diversas áreas de atuação administrativa através das leis orçamentárias. Diante dessas limitações, e respeitando os valores e áreas, o Poder Executivo opta por quais ações irá atuar e com quais valores. A Constituição Federal é bem clara sobre a obrigatoriedade de estipulação, através de leis,

---

<sup>255</sup> FREIRE JUNIOR, A. B. O Controle Judicial de Políticas Públicas. In: CRUS E TUCCI, J. R.; BEDAQUE, J. R. S. (Org.). **Temas Fundamentais de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. I.

<sup>256</sup> CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009.



consequentemente, trabalho do legislativo, dos gastos previstos e permitidos, a serem executados pela Administração Pública. Recebendo uma estimativa, com análise da realidade em diversos setores, respeitando as prévias decisões acerca da distribuição do orçamento, cabe ao Legislativo determinar quais rubricas serão utilizadas e em quais setores, gerando, por óbvio, um maior controle e participação nos gastos públicos.

Após esta estipulação, a Administração Pública determina quais programas específicos serão utilizados e de qual forma. Essa análise é discricionária, observando as prévias delimitações e sempre em busca da efetivação dos direitos de maneira a respeitar os princípios administrativos anteriormente tratados, incluindo o da eficiência. E ela não pode deixar de efetivar os direitos ali definidos<sup>257</sup>.

Isso pode ser ilustrado por meio das seguintes constatações: destinado 15% da receita do Estado à saúde (aprovada na lei orçamentária pelo legislativo), o executivo pode destinar 10% desta verba para a vacinação, 30% para medicamentos, 20% para a melhoria nas instalações dos hospitais, dentre outras coisas. Essas opções fazem parte das funções estabelecidas constitucionalmente, dado que quem administra é o Poder Executivo, e essas escolhas têm de ser as mais adequadas.

Ocorre que, como já dito antes, os recursos públicos são limitados. As escolhas não atenderão a todas as necessidades previstas na Constituição Federal, nem a todas as pessoas residentes em território nacional. Isso não significa que não são efetivados os direitos ali especificados, mas, infelizmente, não poderão ser todos atendidos. Também se alicerça na justiça distributiva que tem como objeto de estudo também a alocação de recursos. Todo direito tem custo, ou pra implementá-lo ou para garanti-lo. Observando essa regra, por óbvio, não há que se falar em justiça quando apenas uma pessoa ou algumas pessoas conseguem determinada tutela judicial, ainda que esse seja um direito fundamental constitucionalmente previsto<sup>258</sup>.

Como justiça distributiva refere-se à distribuição justa e apropriada, essa deveria ser traduzida junto à cooperação social. Esses institutos estão intimamente relacionados à equidade, à isonomia e à dificultosa missão de observação do país como um todo, não apenas uma parte isolada do problema ou da sociedade.

---

<sup>257</sup> HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. São Paulo: Fabris, 1991.

<sup>258</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

É muito difícil um gerenciamento de recursos em que se consiga atingir a efetiva prestação (de serviços e direitos) de maneira a respeitar os diversos setores do país que são divididos em vieses sociais, econômicos, regionais, dentre muitas outras divisões. Então, as prioridades devem ser estabelecidas por quem faz as vezes no desejo de observar e respeitar as delimitações esperadas, não só pelas normas postas, mas pelas prementes ideologias definidas nas escolhas políticas que influem na escolha dos governantes.

Quando prevalece a vontade do Estado, o conflito de primazia entre a comunidade e o indivíduo não se resolve completamente. O Estado precisa fazer uma série de escolhas quanto aos fins em prol dos quais exercerá sua vontade, escolhas que renovam o mesmo conflito. Assim, por exemplo, o conflito entre a comunidade e o indivíduo muitas vezes ressurgem como um conflito entre a política de eficiência social e a política de justiça para os indivíduos envolvidos numa transação<sup>259</sup>.

É interessante observar que, até mesmo por uma questão de justiça, não se pode nem deve limitar a realização dos direitos, atendendo apenas a uma parte da população. Mas, também, não se pode deixar de verificar que algumas políticas públicas precisam, por diversos motivos, ser priorizadas. Equilibrando essa balança, dentro do possível, o ideal é se alcançar o todo, ou a maior parte desse todo possível a realização da justiça.

Nesse ponto, está-se diante do princípio da eficiência administrativa, justamente pela verificação da relação entre os recursos aplicados e produto final obtido, tradução do custo e o benefício – relação meios e fins. Representa a busca pela melhor maneira que as coisas devem ser feitas com a finalidade da aplicação dos recursos (incluindo os financeiros) da melhor forma possível<sup>260</sup>.

O papel da Administração Pública então é alocar os recursos públicos de forma a não beneficiar apenas uma parte da população, ou atender a apenas uma pequena parte das necessidades e direitos fundamentais. Começa-se aqui a entender que, quase sempre, o Estado tem que fazer escolhas em que proverá determinada política em detrimento de outra. E essa escolha se traduz na teoria das escolhas trágicas. É o legislativo e o executivo que, realizando os ideais políticos esperados pela sociedade (por elas escolhido através das eleições), que escolhem quais os direitos serão contemplados e de que forma.

Deve-se ter claro que não existem direitos sem custos para sua efetivação. Nesses, estão inseridos os mais diversos direitos e não apenas os sociais. Qualquer um deles, ainda que

---

<sup>259</sup> VANDELDE, K. J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 194.

<sup>260</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

abstratos, dependem ou dependerão, em alguns momentos, ou precisarão de alocação de recursos, como a necessidade de aparato institucional para a sua manutenção. Quando não, precisará de mecanismos públicos para sua defesa e proteção.

Oriundo da prévia delimitação do legislativo, com a efetivação pelo executivo, não se pode deixar de observar que também o judiciário e a sociedade podem interferir nas decisões, porém de maneira limitada. Quando existir qualquer ilegalidade ou irregularidade, é o judiciário o apto à verificação, quando procurado, se o ato está operando dentro da legalidade, considerando as normas e os princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Chama atenção o fato de que, constitucionalmente falando, os diversos poderes e órgãos têm funções específicas e delimitadas, não sendo permitida a interferência, salvo em situações específicas, a exemplo da ilegalidade<sup>261</sup>. Portanto, observando essa divisão de função, não resta dúvida que é o legislativo que destina as rubricas orçamentárias às diversas áreas a serem administradas, e o executivo as aplica, dentro destas áreas específicas, da forma que melhor considerar.

Como existem infinitas demandas e finitos recursos, existem, por óbvio, escolhas que beneficiam determinadas demandas, abrindo mão de outras. São chamadas pela doutrina de “teoria das escolhas trágicas”, resta que deixará de contemplar alguma necessidade também premente, mas que foi considerada por quem de direito menos urgente que outra<sup>262</sup>.

Isto ocorre porque vive-se num estado democrático em que a escassez é uma realidade. Apenas a previsão constitucional não se faz suficiente para que os direitos fundamentais sejam realizados. O que ocorre é a previsão, o entendimento de que eles existem e devem ser alcançados, mas não se fazem suficientes para que ocorram de fato.

Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de Fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> ZANETI JR, H. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33-72.

<sup>262</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

<sup>263</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 37.

No mundo real, a escassez é uma certeza, tratada diariamente pelo Administrador de um modo geral, muito mais pelo Administrador Público, que se vê com recurso limitado para o atendimento a infinitas demandas. Mais, existe uma gerência preestabelecida que acaba por engessá-lo, dado que não tem a liberdade de realocar recursos de qualquer forma, apenas nos limites legais. Além disto, existe uma expectativa enorme por toda a sociedade no atendimento às necessidades de maneira abrangente, o que dificulta ainda mais essas escolhas.

Essa infinidade de desejos e expectativas nunca poderão ser completamente atendidos, no entanto, muitos não conseguem entender que a realidade é muito mais profunda que simplesmente a realização dos direitos previstos, transcende isso<sup>264</sup>. A consequência econômica não pode ser deixada de lado, como se o Estado apenas tivesse os deveres estabelecidos. A relação desses com os recursos é complementar e absoluta; qualquer coisa fora isso, é apenas falácia e irresponsabilidade. Fato é que o Estado precisa encontrar formas de gestão que equacionem os seus custos e receita, de maneira a atender o máximo possível às premissas constitucionais e aos direitos dela decorrente.

A existência de um direito subjetivo de um membro da sociedade não pode estar desconectado com o entorno em que se insere. É importante uma visão geral, numa perspectiva ampla com a finalidade de que uma demanda individual não sacrifique o interesse de todos. “Enfim, sopesar o custo social de uma concessão individual, cujo atendimento frustraria a própria ideia de segurança jurídica compartilhada”<sup>265</sup>. Necessário que o ato de governo ou o ato judicial tenha uma perspectiva coletiva, que não trata dos direitos de maneira individualizada, mas satisfaça o bem comum.

O princípio da impessoalidade pode aqui ser traduzido em sua forma mais sublime. Quando se individualiza uma prestação que envolve recursos públicos, administrativamente ou judicialmente, principalmente demandas muito custosas, acaba-se ferindo de morte a impessoalidade, ainda sob o manto do art. 5º, XXXV da Constituição Federal em que resta claro que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

<sup>265</sup> HEINEN, J. O Custo do Direito à Saúde e a Necessidade de uma Decisão Realista: Uma Opção Trágica. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UMA\\_OPcao\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPcao_TRAGICA.pdf)> Acesso em: 21 nov. 2014.

<sup>266</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Esse artigo constitucional não é um “papel em branco” dado ao judiciário para tudo poder, como se o Estado e a própria sociedade não sofressem com as decisões tomadas por ele. A proteção do interesse social perde quando se atenta somente à proteção individual. Eles precisam ser observados, mas não da maneira irresponsável que hoje se verifica, até porque acaba não garantindo o direito fundamental de maneira global, prestando em demasia para uns, mas subtraindo esse direito de muitos.

Essa limitação é muito complicada. Talvez até impossível de ser sanada. Não se faz aqui apologia à não tutela dos direitos fundamentais. Pelo contrário, chama a atenção para o fato de que a concessão de tutelas individualizadas sem uma perspectiva da macrojustiça acaba por não tutelar os direitos ali pretendidos, pois aquela concessão em especial pode significar a falta de recursos para demandas coletivas.

Deve-se buscar uma forma de compatibilizar a necessidade do respeito e efetivação dos direitos fundamentais à realidade de um país com uma série de carências com os instrumentos de ação pública que conduzam à maior efetividade possível das políticas sociais. A Administração Pública é quem primeiro deve realizar esses direitos, e não o judiciário. Esses dois poderes precisam conversar numa busca efetiva da verdadeira implementação dos direitos aqui tratados, não um paliativo apenas pra uma parcela mínima que busca tutela judicial.

São destrinchadas algumas observações: primeiramente, é de se observar que as decisões políticas são destinadas à Administração Pública, a que são dadas as prerrogativas de escolhas com a finalidade de efetivação dos direitos e garantias<sup>267</sup>. Então, *a priori*, é ela que deverá tomar as decisões políticas, assim como os mecanismos para sua realização, e não o Judiciário.

Passando essa etapa, não sendo efetivada pela Administração Pública, o Judiciário é chamado a participar, mas com limitações específicas. Nem mesmo à margem do estrito controle de juridicidade se pode ultrapassar e invadir a discricionariedade, assumindo o Poder Judiciário lugar substituto de maneira a ser mero analisador de decisões políticas, sem a devida análise econômica dessas. Mas se permite fazer quando da omissão estatal<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

<sup>268</sup> ANTONIO, N. M. L. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 183-212.

A falta de tutela por parte do Estado gestor não pode ser interpretada pelo Judiciário como abertura ilimitada de atuação! Mas não é o que se observa na prática. O que consta nos autos do processo não é o mundo real com as limitações e escassez. É claro que se tem que cumprir a lei, mas não se pode deixar de observar além dos autos sob pena de prejudicar com isso toda coletividade.

Vive-se em um estado democrático e solidário, ou seja, a sociedade que sempre está representada na interligação entre seus cidadãos. Assim, pelo bem da coletividade, a “realização dos fins sociais deverá necessariamente acarretar o sacrifício de outros”<sup>269</sup>. O todo não é a soma das partes, é algo que transcende. Essa associação é obrigatória e indissociável, sendo que a necessidade individual não pode superar a necessidade da coletividade<sup>270</sup>.

É sabido que o Estado não pode se furtar da prestação desses direitos. Precisa ter fiscalização para que seja exigida essa obrigação. O Estado é, muitas vezes, inoperante, ineficiente, moroso, e a sociedade não pode ficar à mercê disso. A prestação jurisdicional é fundamental e isto não é questionado em nenhum momento.

Existem, claro, problemas de gestão, e isto deve ser controlado, apesar de ser difícil a tarefa. Também existem nulidade e ilegalidades em muitas das ações administrativas. Todas estas desconformidades precisam e devem ser observadas. O judiciário pode ser chamado a controlar qualquer destas ilegalidades, e não deve se furtar. Mas o que se vê de maneira bastante recorrente “é a administração de recursos pelo magistrado, adentrando a função executiva da Administração Pública, sob a desculpa de realização de direitos fundamentais”<sup>271</sup>.

Essa não é uma crítica à intenção do juiz, não se trata de má-fé. A crítica vai para o fato de, analisando apenas e exclusivamente o caso concreto, deixa de verificar o todo. Mas a sua decisão judicial atinge muito mais pessoas que apenas as envolvidas na lide<sup>272</sup>. Porque, como

---

<sup>269</sup> HEINEN, J. O Custo do Direito à Saúde e a Necessidade de uma Decisão Realista: Uma Opção Trágica. **STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UMA\\_OPcao\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPcao_TRAGICA.pdf)> Acesso em: 21 nov. 2014.

<sup>270</sup> DURKHEIM, E. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

<sup>271</sup> HEINEN, J. O Custo do Direito à Saúde e a Necessidade de uma Decisão Realista: Uma Opção Trágica. **STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UMA\\_OPcao\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPcao_TRAGICA.pdf)> Acesso em: 21 nov. 2014.

<sup>272</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

já dito inúmeras vezes, não se trata apenas de se ter direito ou não, mas de efetivação destes direitos com o recurso que se tem, que é escasso, sem a menor dúvida.

Muitas vezes, em nome da consciência, não se pondera as consequências de uma decisão judicial. Existe uma série de institutos processuais que, baseado na possibilidade de atingimento de terceiros na lide, promove a inserção desses a fim de que se manifestem. Nessas demandas, por ser a coletividade terceira, pede-se intimação do Ministério Público. Ainda com esta participação que teria como função sinalizar o prejuízo na alocação de recursos escassos para atendimento de uma única demanda, o que se verifica são pareceres que opinam pelos deferimentos dessas ações, sem nem mencionar o prejuízo coletivo que se terá pela falta destes recursos.

Esse tipo de decisão em nada ajuda a efetivação dos direitos fundamentais. A simples implementação em um dado caso não significa que a Constituição Federal está sendo cumprida, pelo contrário. Quando se trata de direitos fundamentais não se pode exigí-los para apenas uma pequena parcela da população sob pena de ferir a própria carta magna.

O princípio da igualdade e impessoalidade são prerrogativas para o bom atendimento aos direitos fundamentais. Todos devem ser contemplados, se apenas poucos, que buscam o judiciário para tanto, têm esses direitos garantidos, não se trata de efetivação, mas de desigualdade, privilégio. A própria carta constitucional deixa claro que a igualdade é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3, IV), sendo assim, não há que se falar em favorecimento ou diferenciação no tratamento de igualmente cidadãos.

Por outro lado, a simples negativa no atendimento de determinada demanda não seria opção para o magistrado que precisa julgar o caso concreto. Deverá ponderar entre as duas opções: o atendimento ao direito de um utilizando recursos para muitos, ou decidir pelo atendimento ao interesse coletivo, deixando de lado o direito de uma pessoa que pediu sua tutela. Essas escolhas, sem nenhuma dúvida, também são trágicas e não podem ser encaradas, como muitas vezes são, de maneira simplista com a argumentação rasa de que a constituição deve ser efetivada sem análise das consequências disso.

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades

governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.<sup>273</sup>

Utilizando como exemplo o direito à saúde (que estava em discussão no julgado trazido), o Ministro Celso de Mello compreendeu a existência das escolhas trágicas como realidade (ainda que não a aceite como argumentação conforme será verificado ainda neste capítulo). A certeza da existência de escassez de recursos não é algo que possa ser negado.

A simples existência de um texto constitucional, infelizmente, não se apresenta suficiente para a realização dos direitos nele existentes. Os custos dessas decisões e as possibilidades de sua realização devem ser consideradas sob pena de se negar a realidade e viver numa eterna utopia. Apenas se utilizar de uma norma ou preceito constitucional para conferir eficácia irrestrita de direitos, é conduta que não leva em consideração as consequências das decisões e que prejudica de pronto a real efetivação dos direitos, indo de encontro a própria justiça, uma vez que faz clara distinção entre quem buscou tutela jurisdicional e quem não buscou<sup>274</sup>.

Nesses aspectos, como ponto de referência comum, pensar no direito à saúde uma vez que envolvem demandas urgentes e visíveis. Quando se fala em educação, pensa-se em longo prazo, e a resposta da sua ineficácia não é imediata. Isso se aplica também a transporte público, segurança, infraestrutura. Com saúde se analisa alguém que está dependendo de algo do governo para viver e a escolha trágica fica mais visível.

Assim, com o intuito de salvar a vida, aceita-se qualquer opção sem olhar as consequências futuras dela. Em longo prazo, a resposta para essas ações vem em forma de não aplicação de recursos em programas com benefícios amplos e mais impessoais.

A questão de podermos ou não saber de fato como deveria ser um padrão justo de distribuição de assistência a saúde, ou se deveríamos, por algum modo de procedimento imparcial, e em certo sentido justo, criar um padrão de distribuição de assistência à saúde, encontra-se no cerne da questão da justiça em assistência à saúde. Temos que decidir até que ponto o padrão para a justiça, em distribuição de assistência a saúde no seus macro e microníveis, pode ser descoberto, e até onde

---

<sup>273</sup> MELLO, C. ARE 727864 AgR / PR – PARANÁ / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 04/11/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

<sup>274</sup> HEINEN, J. O Custo do Direito à Saúde e a Necessidade de uma Decisão Realista: Uma Opção Trágica. **STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UMA\\_OPcao\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPcao_TRAGICA.pdf)> Acesso em: 21 nov. 2014.



seria apropriadamente um produto de um procedimento justo de negociação e acordo entre os indivíduos envolvidos<sup>275</sup>.

Nesse sentido, o cumprimento da previsão constitucional, muitas vezes, vai de encontro ao próprio sentido de justiça. O que parece ser, à primeira vista, justiça, pode-se mostrar uma forma cruel de injustiça. Além disso, pode-se tornar algo que afasta a eficiência administrativa ainda mais, ao invés de fomentar.

Essas nuances são duras de analisar, mas são imprescindíveis do ponto de vista prático de uma estrutura de estado solidário. A justiça não é realizada apenas em um caso específico quando para que este se realize necessário que muitos paguem por isto. O dinheiro é público, ou seja, não tem um “dono”, apenas é administrado pelo Estado. Como dinheiro público deve ser revertido para benefício comum, público, tendo destinações específicas que ser feitas com parcimônia.

#### 4.4 ESCOLHAS TRÁGICAS NO BRASIL

As escolhas trágicas, no Brasil, são realizadas, *a priori*, pelo poder legislativo. Com já dito anteriormente, os vereadores, deputados e senadores que elaboram os orçamentos públicos de acordo com o interesse público e as necessidades públicas, alocando recursos para determinadas políticas públicas específicas. Dessa forma, o poder executivo, através de seus gestores, dentro dos limites previamente impostos nestas leis orçamentárias, aplica no caso concreto utilizando posterior controle de eficiência e valoração dos direitos e políticas mais urgentes, incorrendo também em escolhas trágicas.

Pela escassez de recursos, entendendo o princípio da reserva do possível, a Administração Pública procura (ou ao menos deveria) aplicar estes recursos de maneira a concretizar não apenas as políticas públicas necessárias e obrigatórias, como também de maneira a garantir a observância dos seus princípios norteadores, incluindo o da eficiência.

Portanto, as escolhas trágicas são observadas desde a estruturação orçamentária, feita pelo legislador, até a efetivação das políticas públicas, realizada pelo executivo. Essa dinâmica é o reflexo justamente da condição de escassez de recursos que não consegue

---

<sup>275</sup> ENGELHARDT, H. T. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 470.

atender à enormidade de demandas<sup>276</sup>, necessitando de gradação de necessidades a fim de que sejam priorizadas as mais urgentes, utilizando juízo de valor de eleitos que teoricamente representam a vontade do povo.

O Brasil é um país de dimensões continentais com a desigualdade social na mesma proporção. Além disto, há uma das Constituições mais completas e extensas com uma quantidade enorme de direitos fundamentais (não se trata de crítica, apenas constatação) e que deveriam ser efetivados de imediato.

Por óbvio que a efetivação de todos os direitos fundamentais atrasados na Carta Magna demanda tempo e dinheiro. Quanto mais dinheiro, menos tempo necessário, e quanto menos dinheiro disponível, mais tempo para efetivar. Paralelamente a isso, ocorre um crescente surgimento de novas demandas, ou extensões dos próprios direitos já existentes ou o surgimento de novos direitos considerados fundamentais.

A complexidade da situação brasileira acaba por dificultar ainda mais a real efetivação dos direitos tratados, sendo as escolhas trágicas uma realidade inquestionável. Os recursos que aqui existem são enormes, contudo as demandas que existem são infinitas. Os direitos fundamentais/sociais deverão ser garantidos, mas não o serão de imediato, necessitando de tempo de maturação, inclusão e adaptação.

Não atendendo aos direitos e às garantias definidas na constituição, qualquer pessoa tem o direito (constitucional inclusive) de requerer auxílio judicial. Este é o ponto nevrálgico da questão das escolhas trágicas: no Brasil, ela não é observada pelo judiciário em sua maioria. Para uma parcela significativa da população e do próprio judiciário, este tem de verificar a aplicação do direito ao caso concreto, entendendo direito como lei, mas não leva em consideração os recursos necessários para tal intento.

Analisando uma série de julgados que tratam da não efetivação de direitos fundamentais, os juízes costumam julgar apenas pela obrigatoriedade da efetivação do direito pelo Estado, sem observar que estes necessitam de recursos já anteriormente definidos. Óbvio que se deve pedir tutela judicial, ninguém fala o contrário, mas quando da decisão judicial, utiliza-se a escolha trágica garantindo o direito ao tutelado em detrimento da sociedade, numa discrepância absurda com o próprio sentido de justiça e direito.

Aqui, encontra-se outra pedra de toque da questão: o que vem a ser direito e justiça. A simples análise da aplicação da lei não significa aplicação da justiça<sup>277</sup>. Aliás, a simples

---

<sup>276</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

aplicação da lei não significa aplicação da própria justiça. Quando a Constituição afirma que são direitos sociais<sup>278</sup> (art. 6), a saúde e a educação, ela já havia afirmado antes que todos são iguais perante (art.5) a lei. Assim, o direito ao mesmo tratamento é de todos, e não apenas de quem recorreu ao judiciário.

Mais ainda, quando uma decisão judicial determina o pagamento de um tratamento de saúde para alguém interfere, diretamente na prerrogativa do gestor de tomar decisões observando o interesse público. O poder judiciário usurpa do poder executivo a capacidade de gerir os recursos públicos conforme predeterminado no intuito de atender às políticas públicas que ele considera de maior relevância – entendendo que se está num estado de escassez.

Aliado a esse cenário difícil, está outra característica brasileira: a corrupção<sup>279</sup>. Não que seja elemento exclusivo daqui, infelizmente não é, mas é fator inegável. Por esta razão, muitos utilizam este dado como forma de justificar a atuação judicial na efetivação de determinado direito num caso concreto.

Estas decisões não aproximam o Estado da eficiência, pelo contrário. O dinheiro utilizado para o custeio de uma ordem judicial não sairá do dinheiro desviado e sim do que já estava destinado para a implementação de outra política pública. O dinheiro da corrupção só será atingido com medidas específicas para seu combate, o que demandaria outra dissertação.

Não se trata de negar a existência da corrupção, apenas de dar a esta sua devida posição dentro de uma realidade de escassez. Quando se pretende acrescentar essa indecência como argumento, simplesmente citar sua existência não resolve o problema. Sabendo-se que ela existe e que não tem como resgatá-la ou mensurá-la de maneira específica, a mera observação da sua existência não fará com que o corrupto se compadeça e “devolva” sua parte para a cumprimento daquela sentença específica.

O dinheiro desviado não será repostado por conta de decisões judiciais que não compreendem a escassez de recursos. Pelo contrário, esse dinheiro deixa de ser contabilizado não só para a resolução dos casos concretos trazidos no pleito judicial, como também para o atendimento de todas as outras necessidades previstas na própria constituição. Assim, a população será punida duas vezes: a primeira pela corrupção que subtrai orçamento destinado

---

<sup>277</sup> BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

<sup>278</sup> Entendido direito social como direito fundamental.

<sup>279</sup> NUNES, A. C. O. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, L. M. F.; ZOCKUN, M.; ADRI, R. P. (Org.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 15-35.

a determinado direito; posteriormente, pelo orçamento efetivamente destinado que deverá ser desviado para cumprimento da ordem judicial.

Uma enormidade de regiões tem seus orçamentos constantemente alterados para cumprimento de determinações judiciais que acabam atrapalhando a efetivação de políticas públicas predeterminadas pelas escolhas de quem é de direito (legislativo/executivo). Assumindo esse papel, o Judiciário, a pretexto de realização da constituição, acaba por afastar o fiel cumprimento da mesma que tem como pilar a igualdade.

Para se ter uma noção, a estimativa de gastos com ações judiciais em matéria de saúde para a União Federal em 2014 seria de R\$ 3,93 bilhões - o equivalente a 4% do orçamento deste ano do Ministério da Saúde (cerca de R\$ 106 bilhões). Este valor é colocado no anexo "Riscos Fiscais" da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) - Lei nº 12.919, de dezembro de 2013, já prevendo os custos, em relação aos anos anteriores<sup>280</sup>.

Portanto, não restam dúvidas sobre o impacto de ações como essas tem na Administração Pública. Se, para a União, representa 4% do orçamento, para alguns municípios, representa muito mais. Ou seja, uma parte significativa dos recursos destinados à saúde não atende à coletividade, e sim a um indivíduo em especial, decidido por outro que, na maioria das vezes, não tem critério nem conhecimento sobre o assunto.

Dessa forma, no Brasil, as escolhas trágicas são constatações e não norteadores das decisões de diferentes setores. E estes poderes aqui trazidos acabam por interferir definitivamente na distribuição de recursos, muitas vezes, afastando-se do princípio da eficiência tão almejado pelo legislador, assim como a igualdade definida constitucionalmente.

---

<sup>280</sup>Associação dos Advogados de São Paulo. Disponível em: <[http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=16544](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=16544)> Acesso em: 04 jan. 2015.

## 5 PRECEDENTES JUDICIAIS: CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos são passíveis de controle, tanto pela própria administração pública, quanto por quem interessar, sendo feito, em caso de ilegalidade, o controle judicial<sup>281</sup>. Contudo, existem limitações ao controle dos atos administrativos, posto que, como já dito, existe uma liberdade de escolha, com o objetivo único de realização dos deveres de gestão, ao interesse público, ou que se valha.

Este controle judicial se faz através do controle de legalidade. Isso significa que apenas se pode observar se as decisões administrativas estão ou não condizentes com as delimitações legais. Também não é permitido fazer a opção pelo administrador, que tem autorização para decidir, sendo o seu papel. Mas se pode controlar se esta escolha é legal e se está obedecendo aos parâmetros razoáveis. Nesse momento, está-se diante do controle judicial dos atos administrativos.

A limitação do controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos é tradicionalmente circunscrita na legitimidade ou na legalidade, o que significava dizer que não podia adentrar o controle dos juízos de conveniência, oportunidade e eficiência do ato. Hoje, porém, não mais se restringe a estes elementos. Na verdade, ampliou-se a conceituação do que vem a ser legalidade, “cedendo lugar a uma ampliação cada vez maior da atuação do Judiciário nesta questão”<sup>282</sup>.

A legalidade, hoje, engloba os princípios constitucionais, os deveres jurídicos, não apenas a restrita lei, mas trata da norma. Portanto, extrapola, por vezes, o controle judicial, alcançando a interpretação desses atos, a luz dos princípios constitucionais referentes à administração pública, além, claro, do próprio interesse público.

Além disso, é o Poder Judiciário quem faz o controle judicial dos atos administrativos sendo, desse modo, embora de forma indireta, também um defensor e, portanto, representante dos interesses públicos, lutando para que se tenha um respeito irrestrito à Constituição<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> LEITE, L. F. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

<sup>282</sup> PANCOTTI, J. A. **Inafastabilidade da Jurisdição e o Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: LTR Editora, 2008, p. 135.

<sup>283</sup> BEZERRA, P. C. S. **A Produção do Direito no Brasil**. Ilhéus: Editora da UESC, 2008, p. 57.

Dessa maneira, pode-se sofrer este ato de controle de legalidade, apenas observando se o ato possui os elementos acima descritos. Não se pode adentrar no mérito desse ato, nem se pode fazer a opção pelo administrador, todavia pode-se controlar se esta escolha é legal e se está obedecendo aos parâmetros razoáveis<sup>284</sup>.

O controle é forma de tutela dos direitos e, por isso, não pode deixar de ser apreciado. Mas é claro que não dá para ser irrestrito sob pena de administrar no lugar de quem é de direito. A discricionariedade não se traduz na indistinção, falta de limite, mesmo porque, como já dito, à Administração Pública não é dado o direito de agir fora do que se prevê na lei<sup>285</sup>.

A limitação do controle dos atos administrativos realizados pelo Poder Judiciário, que tradicionalmente é enfatizada como restrita à legitimidade ou à legalidade, hoje, sofre uma ampliação na sua atuação. Antes ficavam isentos de controle os juízos de conveniência, oportunidade e eficiência do ato, mas, ante a tendência de universalização da jurisdição, vem-se ampliando cada vez mais da atuação do Judiciário nessa questão.<sup>286</sup>

Não há que se falar em inobservância da separação dos poderes, mas não se pode negar que o controle judicial está cada vez mais ampliado pela necessidade de se observar a Administração Pública quanto da utilização do seu poder de escolha, considerando o interesse público, a eficiência, a utilidade, a razoabilidade, estando essa escolha dentro dos limites legais disponíveis<sup>287</sup>.

Apesar da Administração Pública estar diretamente ligada ao Poder Executivo, resta importante assinalar que faz parte dela também os demais poderes. Assim, deve-se obedecer a estes os princípios constitucionais referentes à AP, bem como garantir o interesse público.

Muitas vezes, *a priori*, percebe-se que o controle judicial alcança o mérito administrativo, a discricionariedade. Mas isso só ocorre quando se observa que a legalidade

---

<sup>284</sup> LEITE, L. F. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

<sup>285</sup> MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>286</sup> PANCOTTI, J. A. **Inafastabilidade da Jurisdição e o Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: LTR Editora, 2008, p. 135.

<sup>287</sup> SABINO, M. A. C. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 353-386.

não foi respeitada, casos estes em que se analisa o princípio da razoabilidade de maneira mais precisa<sup>288</sup>.

Em todo caso, o Judiciário tem a autorização para discutir e anular tal ato administrativo eivado de vício, sendo perfeitamente possível a análise dos princípios administrativos constitucionais, tanto os expressos no art. 37, CRFB<sup>289</sup>, quanto os implícitos, também em discutir os direitos fundamentais necessários e não realizados pelo Estado.

À primeira vista, pode parecer que o controle judicial dos atos administrativos alcança o conteúdo discricionário deles. Assim sendo, o judiciário deixa de cumprir seu papel de julgador, substituindo a própria administração pública. Mas não incorre neste erro quando se analisa a aplicação dos princípios, a exemplo da eficiência e da razoabilidade, visto que estes são integrantes do arcabouço legal do que se entende por AP.

Este liame é de difícil checagem por uma série de motivos, começando com a própria percepção do que está inserido na legalidade<sup>290</sup>. Qual o limite que pode ser dado a este conceito? O que antes se tinha como observância apenas do que está escrito na lei, a conhecida entre juristas “letra da lei”, hoje, vai muito além dela. Não é a verificação restrita a um artigo, parágrafo ou inciso, mas do que se espera da norma.

Somados a isso, os próprios princípios são difíceis de definir e delimitar, precisando, muitas vezes, de prévia conceituação para que seja definido o alcance do que se espera do próprio controle judicial dos atos administrativos. Assim, no próprio processo de julgamento, é construído o arcabouço do que se pretende controlar, verificando o que se espera da própria Administração Pública.

Outro ponto a ser analisado é o fato de que a tutela judicial é indeclinável, conforme art. 5º, XXXV da CRFB<sup>291</sup>. Isso significa que uma vez que o judiciário é acionado, não pode este se recusar a apreciar lesão ou ameaça a direito. Portanto, existente a ilegalidade, o judiciário tem o dever de, se provocado, promover a tutela jurisdicional àqueles que assim desejarem,

---

<sup>288</sup> ANTONIO, N. M. L. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 183-212.

<sup>289</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>290</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

<sup>291</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ainda que não exista lei que a ampare<sup>292</sup>. Desse modo, o ato administrativo quando ameaçar direito de alguém, e este recorrer ao judiciário, terá que resolver a lide, delimitando, assim até que ponto ocorreu ilegalidade ou não.

Apesar de, teoricamente, o juiz estar preparado para julgar, a realidade nem sempre é esta. Primeiro porque não existe uma especialização de julgador. O juiz muitas vezes precisa julgar uma enormidade de ações com temas diversos, muitos que precisam ser estudados e analisados de maneira pormenorizada. Isto não parece ser possível uma vez que existe uma quantidade enorme de processos acumulados, sendo a diligência não preferida à celeridade.

Portanto, na realidade, a análise do caso concreto, muitas vezes, não é feita da forma prudente que deveria, apesar de muitos insistirem em fingir outra realidade. Nosso sistema jurisdicional, infelizmente, não privilegia a justiça ou a razoabilidade, e sim a procedimentalização pura e simplesmente.

Conseqüentemente, por muitas vezes, não se observam as conseqüências das decisões tomadas, analisando apenas a micro justiça e não a macro justiça<sup>293</sup>. Isso porque muitas decisões têm repercussão fora da relação entre os participantes da lide, principalmente quando se está diante de decisão que aloque recursos públicos. Pela escassez destes, qualquer decisão que exija transferência de recursos impactará no que já se estava definido previamente em leis orçamentárias.

O que se observa cotidianamente é a completa abstração dos impactos que a decisão judicial terá na própria administração pública, incluindo os programas de governo que ela gere e atendem a toda a coletividade<sup>294</sup>. A macro justiça não é vislumbrada, sendo apenas verificado o direito específico de quem procura o judiciário, transformando a decisão em situação onde se observa estabelecida a desigualdade entre quem recorre a ele e quem não.

Nesse ponto, retorna-se a questão da escassez de recursos. Apesar da garantia constitucional ou legal de muitos direitos, o Brasil ainda não consegue comportá-los de maneira satisfatória. Isso é fato e precisa ser observado para que, a despeito de se garantir determinado direito a uma pessoa, acabe por tirar direitos de outras pela simples falta de recurso financeiro suficiente para atender a todas as garantias previstas nas normas brasileiras.

---

<sup>292</sup> PANCOTTI, J. A. **Inafastabilidade da Jurisdição e o Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: LTR Editora, 2008.

<sup>293</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

<sup>294</sup> Aula ministrada pelo Professor Dr. Saulo Casali na disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais do curso de mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 14 de dezembro de 2013.



O fato de existir a previsão legal não é garantia da realização de fato do direito, principalmente quando se trata de previsão constitucional. A Constituição Federal apresenta em seu texto valores e direitos que são considerados pela sociedade como necessários<sup>295</sup>. A busca da realização de todos estes é um dever do Estado, que precisa sempre buscar prover estes direitos. Esse é o ideal. Ocorre que, no mundo real, ainda falta muito para se garantir a plenitude destes direitos.

Essa compreensão da realidade distante das garantias almejadas perpassa por uma série de questionamentos como problemas de gestão, corrupção, má alocação de recursos, entre tantos outros. Esses fatores não podem ser utilizados como os únicos parâmetros para o controle judicial dado que extrapola os limites dele, que devem apenas estar relacionados à legalidade do ato que se controla. Assim, ainda que trate de ato justo ou injusto, não se pode anular tal ato se este não for ilegal.

## 5.1 CONCEITOS INDETERMINADOS

Os chamados conceitos indeterminados, também chamados de normas abertas, conceitos de valor, conceitos imprecisos, são aqueles que permitem uma interpretação elástica<sup>296</sup>. Então, se o uso destes conceitos indeterminados traz consigo uma inerente discricionariedade para o aplicador do direito, faz-se necessário um veículo que consiga mensurar ou cientificar este objeto de estudo, aplicando-o no caso concreto.

Nesses conceitos, a gama de subjetivismo se amplia, porque muitos relacionam estes em uma relação direta com a discricionariedade, ou seja, seu aplicador escolheria qual sentido preferiria na sua aplicação ao concreto. Porém, isto não é verdade. Os conceitos indeterminados não são conceitos discricionários, apenas possuem uma definição que precisa de previa delimitação.

Acontece porque a norma tem um sentido de existir. A sua subjetividade não é sinônimo de discricionariedade, porquanto não existe uma opção de escolha, mas tão somente uma adequação da norma à situação posta.

---

<sup>295</sup> WOLKMER, A. C. Direitos Humanos. Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Revista Direito em Debate**. Ano X, nº16/17, jan/jun 2002.

<sup>296</sup> SOUSA, A. F. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

A lei vale como um todo e não apenas por algumas das suas componentes, como também nós nos exprimimos através de ideias completas e não meros conceitos individualizados. Portanto: por um lado, o significado de um conceito indeterminado varia de ramo para ramo; por outro lado, do conceito indeterminado, per se, não poderá nunca extrair a vontade do legislador<sup>297</sup>.

Então, o simples fato do conceito ser indeterminado não o afasta da sua definição, tão pouco da sua utilização como objeto de estudo científico. Nisso, muito se assemelha à própria necessidade de contextualização do direito, da norma. A possibilidade de interpretação não afasta a cientificidade do objeto, apenas permite um cuidado em delimitar qual sentido está sendo analisado e em qual contexto<sup>298</sup>.

O fato do conceito ser indeterminado não afasta a sua condição de objeto de pesquisa ou passível de verificação judicial. Ele solicita ao examinador que apresente a interpretação dada, tendo a noção dos limites deste objeto. Nesse ponto, a utilização da desconstrução transcendental de Jack Balkin<sup>299</sup> (1994) é aplicada de maneira a corroborar com este entendimento, mais ainda, é um método interessante para a obtenção de uma resposta significativa para os conceitos indeterminados.

Como Balkin<sup>300</sup> utiliza a desconstrução, objetivando uma reedificação com um olhar direcionado e finalidade específica, quando se está diante de uma análise científica de um conceito indeterminado, ideal é que se desconstrua o conceito/objeto, reconstruindo de maneira a determinar o viés abordado no caso concreto. A interpretação do resultado obtido não será absolutamente a mesma a todos os leitores, posto que a leitura por si só já é diferente para cada indivíduo, mas restará clara a abordagem do conceito naquela caso em especial.

Assim, a contextualização se torna imprescindível para a própria interpretação não só da norma, como também do que se entende, do que se utiliza como valor nesta própria norma.

---

<sup>297</sup> SOUSA, A. F. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 193.

<sup>298</sup> HUSSERL, E. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

<sup>299</sup> BALKIN, J. Ideology and Constraint. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19743368/726475704/name/Ideology%20as%20Constraint.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2013.

<sup>300</sup> BALKIN, J. Deconstruction Practice and Legal Theory. 2014. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19743368/578432787/name/Deconstructive%20Practice%20and%20Legal%20Theory.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2014.

Por isto a desconstrução do conceito e a sua construção quando diante de um caso concreto é condição de ser destes conceitos indeterminados. “A indeterminação do significado e da incerteza do julgamento são ambos baseados no contexto de indefinição. Este ponto de vista é consistente com a abordagem transcendental à desconstrução”<sup>301</sup>.

Por óbvio, tudo isto está relacionado à valoração desses conceitos, o administrador ou o juiz, ao aplicar o direito, está fazendo senão uma valoração do que, para ele, é o núcleo de determinado conceito. E cada caso se leva aos mecanismos ideais para o julgamento da questão. Cada caso tem uma valoração jurídica específica, estando correlacionadas.

No direito positivado, é possível renunciar a valoração, a interpretação do sentido da norma, sendo que, muitas vezes, a própria lei é flexibilizada em casos excepcionais. Mas, tanto a valoração quanto as desconstruções, apesar das variáveis possibilidades, não são tratadas como discricionariedade ou escolha, puramente. O que se observa é a necessidade de adequação pelo simples fato de se perceber a existência de variáveis.

Onde uma intuição doadora é uma intuição transcendente, o objetivo não pode se dar adequadamente; o que pode ser dado é somente a ideia de um tal algo objetivo ou de seu sentido e de sua "essência cognitiva" e, com isso, uma regra a priori para as infinitudes legítimas das infinitudes das experiências inadequadas<sup>302</sup>.

Não se pode deixar de observar que, como todo fenômeno humano, a valoração jurídica, a lei, o ordenamento jurídico vão sendo alterados, e essa mutação faz parte do direito enquanto ciências humanas, não sendo absurdo que a valoração de hoje seja considerada arbitrária ou inconveniente amanhã.

Embora possam aparecer veiculadas por conceitos indeterminados, os princípios têm substância jurídica, conteúdo próprio e identidade, ou seja, são objetivos e não abrem margem a uma interpretação livre por parte dos seus aplicadores. Expressam sua determinabilidade em face das situações concretamente caracterizadas na

---

<sup>301</sup> “Note that the dependence of justice on context is much like the dependence of meaning on context. The indeterminacy of meaning and the uncertainty of judgment are both based on the indefiniteness of context. This view is consistent with the transcendental approach to deconstruction. In contrast, an approach that asserts the infinite difference of each situation is just the flip side of an approach that asserts that meaning is infinite. The former asserts the absolute difference of all situations and all people, while the latter asserts the absolute identity of all meanings. Both approaches lead to normative nihilism and a failure of understanding. As before, Derrida's arguments only make sense if his is a transcendental account of deconstruction.” In: BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice*. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19743368/1765535577/name/transdecon1.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2013.

<sup>302</sup> HUSSERL, E. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias e Letras, 2006, p. 318.

experiência constitucional, sendo determinável pela análise da situação de fato concreta.<sup>303</sup>

Percebe-se, assim, que os princípios, por sua própria natureza, são conceitos indeterminados. São expressões dos valores fundamentais da sociedade, que se amplia ou restringe quando aplicado a um caso concreto. Mas não se trata de interpretação discricionária, tendo, portanto, conteúdo específico.

Por óbvio, diante de um conceito indeterminado, a exemplo da moralidade, da eficiência, da supremacia do interesse público, e se quer explicá-los, trabalhar com eles de maneira científica, precisa, antes, explicar o significado e o recorte empírico do referido conceito. Fazendo isto, acaba por igualá-lo aos demais conceitos e objetos.

## 5.2 HERMENÊUTICA E CONTROLE JUDICIAL

O Judiciário tem o papel primaz de aplicar o direito ao caso concreto. E essa aplicação precisa de um acompanhamento teórico que compreenda o direito dentro de um contexto de justiça, que está intimamente ligada às relações diversas dos diversos elementos sociais. Então, nesse sentido, estar-se diante de um direito previsível, que tem como ponto principal a hermenêutica jurídica.

A decisão, então, deve ser não só aceitável na sua construção racional, mas também aceitável socialmente. Essas duas nuances somam-se e mesclam-se, sendo assim de extrema importância, em razão o direito ser dinâmico e a justiça, por consequência, também<sup>304</sup>.

Muitas vezes, para se ter esse resultado, o julgamento não se baseia exclusivamente nas leis; outras vezes, até contraria elas. Contraria a “letra da lei” não seu “espírito”. “O juiz inspira-se, algumas vezes, não no espírito da lei, mas no espírito do direito, tal como pôde manifestar-se em outros textos do mesmo sistema de direito”<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 87.

<sup>304</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

<sup>305</sup> PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71

“Já se mencionou que o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral, dado que sua liberdade é limitada, resumidamente, pela lei, o precedente e a dogmática e – no caso do processo – pelas leis processuais”<sup>306</sup>. A lei tenta prever uma série de fatos, mas não consegue prever tudo. Nesses pontos diversos, o que se tentar buscar na argumentação jurídica não é o simples encaixe entre situação-norma, mas a realização de algo maior, o direito justo.

Também é preciso considerar as mudanças sociais diárias que acabam por alterar a forma de realização dos princípios constitucionais para atender estes anseios, sem se furta da aplicação do direito nem de normas. Isso porque, muitas vezes, a aplicação de uma norma específica a um caso específico contraria direitos fundamentais ou princípios constitucionais e, nesse caso, ficará longe do sentido de justiça, do sentido do próprio direito<sup>307</sup>.

Isso nada mais é que a observância das mutações decorrentes da própria evolução da sociedade. O direito é movimento, e as argumentações do direito não poderiam ser diferentes<sup>308</sup>. Então, é importante que não se deixe de atentar para essa condição de mutabilidade das ciências sociais em geral, em especial do direito. O sentido da norma, o sentido da existência da tutela é variável e mutável.

Pois é tão absurdo reduzir a significação de um objeto à pura materialidade inerte deste próprio objeto quanto querer deduzir o direito do fato. O sentido de uma conduta e o seu valor não podem ser apreendidos senão em perspectiva pelo movimento que realiza os possíveis desvelando o dado<sup>309</sup>.

Observa-se, portanto, que um dos papéis principais do juiz acaba sendo o de dar sentido à norma, na análise do caso concreto. Quando se fala em controle judicial, os princípios são constantemente evocados. Isso porque o controle judicial é feito não do mérito em si, mas da legalidade do ato. Aqui se tem um conceito de legalidade ampliado. Não se restringe à observação da “letra da lei”, mas de todo o conjunto normativo já analisado, que inclui regras e princípios.

---

<sup>306</sup> ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 34.

<sup>307</sup> RODRIGUEZ, V. G. **Argumentação Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>308</sup> MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>309</sup> SARTRE, J. P. **Questões de Método**. São Paulo: Nova Cultural. (Obra original publicada em 1960), p. 178.

Muitas vezes o magistrado se vê diante de situações em que apenas se evoca o interesse público (conceito indeterminado) ou qualquer outro princípio, ou regra que exista lacuna<sup>310</sup>. O administrador motiva, apresentando sua interpretação desta, e o magistrado analisa se ela está inserida na legalidade obrigatória ao direito administrativo.

O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito - e não o criar - embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpreta-la e a tomá-la mais flexível<sup>311</sup>.

Este alcance mais ampliado é fruto de uma evolução no entendimento do que vem a ser controle judicial. Também da importância inegável da Constituição e da observância dos princípios nela existentes. O Estado tem uma série de direitos e garantias a tutelar, e o judiciário não deixa de ser órgão que ajuda na verificação desta função indelegável: a realização dos direitos e garantias constitucionais.

Mas esta realização se aplica apenas ao caso concreto, o que poderá afastar a realização dos direitos e garantias para toda uma sociedade. Sabendo disto, resta avaliar se o papel do magistrado na aplicação do direito está apenas na micro justiça ou se se aplica à macro justiça também<sup>312</sup>.

Isso porque o papel do magistrado não se restringe à observância apenas de uma legalidade, analisando se o ato foi feito dentro do que a lei prevê; não, vai mais além. Deve-se analisar o caso concreto verificando se os princípios constitucionais foram observados, bem como o da eficiência daquele ato, se ele é razoável e qual impacto terá para toda a coletividade.

A grande questão é que, quando se envolvem princípios, está-se diante de conceitos amplos e, muitas vezes, indeterminados. Nesse ponto, a hermenêutica se torna essencial não apenas para o administrador que quem a obrigação de motivar seus atos discricionários, como também o magistrado que deve fundamentar sua decisão argumentando o porquê da ilegalidade daquele ato administrativo.

---

<sup>310</sup> ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

<sup>311</sup> PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 209.

<sup>312</sup> Aula ministrada pelo Professor Dr. Saulo Casali na disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no curso de Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 23 de novembro de 2013.

“A argumentação não visa à adesão a uma tese, exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação”<sup>313</sup>. Em se tratando de ato administrativo, o Estado tem o dever de verificar essas circunstâncias para que se tenha uma utilização adequada, além de apenas o cumprimento da lei. Mas para se ter a dimensão disso, faz-se necessária a motivação que nada mais é do que o convencimento através da argumentação, imprescindível principalmente para a fundamentação dos pontos controvertidos considerado legais ou ilegais.

Isso, no entanto, não se aplica ao controle judicial dos atos administrativos, que precisam estar adstritos à análise de legalidade. Não exclui a argumentação que é a forma de, também, delimitar os limites dessa legalidade, compreendendo o caso concreto e a sua relação com as normas que o envolvem, ainda que estas sejam princípios.

A argumentação, portanto, deve englobar o caso concreto analisado segundo as expectativas de realização da justiça<sup>314</sup>. Essa não se baseia apenas no cumprimento de uma norma legal, mas de um sentido coletivo de justiça, sendo a equidade fundamental na construção da própria justiça.

### 5.3 PRECEDENTES JUDICIAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS

No mundo ideal o Judiciário apareceria quando houvesse alguma ilegalidade na atuação do legislativo ou executivo, ou ao menos as observando em sua atuação judicante. Mas na realidade, o Judiciário hoje é bombardeado por uma série de ações, individuais ou coletivas, em que se pede que o Estado providencie a efetivação de algum direito. Observando a omissão, comumente esta tutela é concedida.

Surge assim um problema importante de ser atacado: a interferência judicial não resolve o problema em sua essência, apenas o problema no caso concreto específico. Os recursos continuam menores que as obrigações. Então, por vezes, com a boa intenção de atender a uma

---

<sup>313</sup> PERELMAN, Ch. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 156.

<sup>314</sup> MENDONÇA, P. R. S. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

previsão constitucional, o magistrado pode acabar tirando de outrem um direito já efetivado, ou previsto de efetivação.

Não é um problema de fácil solução. Talvez nem solução tenha. Mas a reflexão sobre o problema já se faz suficiente para que seja observado que a realidade, infelizmente, não é compatível com todas as necessidades prementes, sendo necessárias vias alternativas para o desfecho da questão.

O Poder Judiciário tem papel fundamental na construção do direito, uma vez ser que este se traduz e se aplica ao caso concreto, dando forma e de maneira final a qualquer controvérsia jurídica. Então, a observância de norma enseja a possibilidade de se buscar a tutela judicial. Isto ocorre, portanto, com os direitos fundamentais previstos na constituição, que, quando não realizados, possibilitam a sua busca através do judiciário.

Por essa razão, alguns juristas afirmam que é o judiciário, através de seus juízes, que realmente realiza o direito, traduzindo este na sua aplicação ao caso concreto. Para o Carlos Cossio<sup>315</sup>, normas são feitas para o juiz e não para os administrados, e ele as interpreta para a aplicação no caso concreto. Pode o juiz fazer isso porque ele interpreta de maneira neutra e imparcial, baseada na lei que é já prévio o resultado. Acredita-se que não existe uma regra verdadeira, e sim normas aplicáveis ao caso concreto.

Esta previsão de imparcialidade é o que se considera para o alcance da tão esperada justiça<sup>316</sup>, uma vez que o julgador é aquele apto a verificar a aplicação do direito na sua forma mais sublime, observando que se deseja da norma posta, do que se espera do direito.

Entendendo que a justiça é um fim esperado no direito, tem o sistema normativo como fonte para sua realização. Tem-se, também, no Poder Judiciário seu ponto de convergência, o local onde se observa a aplicação da norma ao caso concreto, com a finalidade de alcançar a justiça. Portanto, diante de situações em que, no caso concreto, está sendo garantido um direito a alguém, sendo este fruto da perda de direito de outrem, a justiça não se realiza. Quando se está diante de uma demanda em face do Estado, analisando apenas o caso concreto acaba, muitas vezes, por afastar a própria justiça.

A função principal do Poder Judiciário, portanto, baseia-se na aplicação das leis, observando o ordenamento jurídico em que se está inserido – macro justiça. Não se deveria

---

<sup>315</sup> COSSIO, C. **La Valoracion Jurídica Y La Ciencia Del Derecho**. Capítulos I e III. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1941.

<sup>316</sup> RAWLS, J. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



apenas observar o caso específico, precisando perceber a repercussão deste naquela sociedade em que se está inserido para que o desejo de justiça esteja mais bem contemplado.

O poder judiciário utiliza do sistema normativo para exercer sua principal tarefa que é a de aplicação do direito ao caso concreto, quando provocado. “Quando se diz que o juiz deve aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei”<sup>317</sup>.

Entende-se lei aqui no sentido lato, ou seja, não só a “letra da lei”, mas o seu conteúdo como norma. E esta enseja uma série de desdobramentos como a existência de interpretações diversas com a finalidade principal de garantir o cumprimento do sentido da norma.

Quando se introduz o fato de que os recursos públicos são limitados e as necessidades não (estas previstas nas normas), começa-se a perceber que o magistrado tem uma função muitas vezes ingrata. A ponderação<sup>318</sup> é importante não só das normas, mas de todo contexto em que se está inserido.

Como existem mudanças na sociedade constantemente, muitas vezes a lei escrita/posta não tem tempo hábil para se adaptar. Cabe, nesse momento, ao Poder Judiciário a aplicação do direito e da lei adaptando-a às necessidades e aos anseios sociais, históricos e políticos. Então, o magistrado fica diante de uma série de nuances indissociáveis quando da aplicação do direito em uma ação judicial. “A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (“eternamente quieto permanece o passado”), mas são algo vivo e mutável e são, por isso, susceptíveis à adaptação”<sup>319</sup>.

Já foi amplamente explicitado que a escolha do administrador não é uma escolha ampla, sem critérios, ele não pode dispor de todas as opções que um particular dispõe, e sim dentro do previsto em lei, ainda que em situação de discricionariade.

Dentro da legalidade, existe uma possibilidade de escolha com a finalidade única de se chegar ao interesse público, sendo ato discricionário, observar se está previsto em lei, e se obedece aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, elementos estes entendidos como pertencentes à própria legalidade.

---

<sup>317</sup> BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 56.

<sup>318</sup> Sobre este assunto utiliza-se a perspectiva de Robert Alexy **In: ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>319</sup> ENGISCH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 173.

O Estado Constitucional, numa de suas expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim, considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, infantil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou ao menos mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa<sup>320</sup>.

Percebe-se, portanto, que a despeito de ter a possibilidade de optar, não há que se falar em escolher entre a efetivação ou não dos direitos fundamentais, a opção mais eficiente ou não, a percepção do interesse público ou não. As opções administrativas são todas absolutamente relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais, da maneira mais eficiente e observando o interesse público simplesmente.

Assim, são ilegais os casos em que há omissão do Estado na efetivação de direitos fundamentais. Nestes casos, muito comum as demandas coletivas que têm como objetivo a realização dos direitos fundamentais. Também as demandas individuais que têm como fundamento principal o direito à vida, à saúde, à moradia, entre outros previstos na Constituição Federal.

Nesses casos, o magistrado, normalmente, pede providências a fim de implementar políticas públicas previstas na própria constituição, utilizando, muitas vezes, em argumento conjunto com os princípios da proteção ao mínimo existencial e proibição ao retrocesso social.

Por princípio da proteção ao mínimo existencial, entende-se um “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais e geral”<sup>321</sup>. É o mínimo que se deve assegurar ao homem observando a dignidade da pessoa humana.

Já a proibição ao retrocesso social é a vedação da possibilidade de “diminuição ou supressão da eficácia já alcançada pelas normas constitucionais que preveem direitos sociais”<sup>322</sup>. Posto que já se tornou eficaz determinado direito fundamental, não se pode deixar de aplicá-lo por nenhum motivo. Esse princípio é muito exaltado na nova acepção de Estado democrático de direito, entendendo a necessidade de sempre garantir os direitos já conquistados.

---

<sup>320</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 10.

<sup>321</sup> SAMPAIO, M. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 224.

<sup>322</sup> SANTOS, L. R. B. S. Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22261>> Acesso em: 11 fev. 2014.

Por óbvio, não se pode deixar de observar essa nova configuração dos direitos fundamentais, nem deixar de entender que eles precisam ser garantidos. É obrigação do Estado efetivar esses direitos, e isto não está em discussão. O que só se verifica é que a mera decisão judicial não é suficiente para garantir um direito fundamental, pelo contrário.

Uma vez que se tenham recursos escassos, e a Administração Pública esteja compelida judicialmente a proporcionar determinada garantia, o recurso para esta pode ser tirado de outra garantia fundamental já efetivada anteriormente, o que não resolve a questão, apenas tira do foco o real problema.

É o que se vê constantemente em decisões judiciais, determinando a realização do direito sem nenhuma preocupação em observar de onde saem os recursos para isto. Ao pesquisar sobre a teoria das escolhas trágicas na jurisprudência do STF, foram encontrados apenas dois acórdãos, ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO e RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS<sup>323</sup>, ambos com as mesmas conclusões acerca do afastamento desta teoria nos casos de omissão do Estado na implementação de políticas públicas.

Em nenhum deles, verificou-se qualquer motivo para o óbice da efetivação pelo Estado. Verifica-se apenas que, apesar de prevista constitucionalmente, a esta não foi ainda implementada tal política pública.

---

<sup>323</sup> RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/10/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – possibilidade jurídico-processual de utilização das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, iii) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, ii) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido.

Resta claro, portanto, que a Administração Pública não pode se furtar de atender às necessidades e direitos sociais por falta de vontade ou usando a teoria das escolhas trágicas como desculpa para a sua omissão<sup>324</sup>. Mas também se deve ter cuidado para não interferir nas escolhas políticas, tão pouco nas ações sociais em curso para atender a uma omissão.

A comprovação da omissão é importante para se pleitear sua efetivação, mas se tem o receio de, como já dito antes, a pretexto de efetivação de um direito previsto na constituição, deixar de atender a outra já em curso, visto que o Brasil não possui recursos suficientes para o atendimento a todos os direitos fundamentais. Então, não se está tratando de justiça. Também se está deixando de observar outros direitos fundamentais, tal como isonomia por causa do atendimento da necessidade de alguém pode tirar de outro o atendimento também de um direito garantido constitucionalmente.

Nessa discussão, muito se questiona sobre a corrupção e a má aplicação de recursos. Infelizmente, esta é uma realidade de difícil gestão. Deixar de observar esta realidade é viver numa utopia, o que não resolve o problema da alocação de recursos, mas achar que a determinação judicial é suficiente para combatê-la, quando se manda disponibilizar tal direito, é ingenuidade.

### **5.3.1 A Função do Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais – Judicialização da Política.**

Todas as esferas sociais e estatais são responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, porém, é de clara convicção que a Administração Pública é quem tem a prerrogativa de gerenciar as políticas públicas com essa finalidade. Largamente descrito nesta dissertação que é ela que, dentro dos parâmetros legais estabelecidos, aloca recursos necessários ao fiel cumprimento do que está previsto constitucionalmente.

Também já discutido, a implementação dos direitos fundamentais se dá de maneira gradual, progressiva. Isso ocorre porque essas políticas precisam de recursos disponíveis e

---

<sup>324</sup> ZANETI JR, H. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33-72.

esses são escassos. Assim, o Estado escolhe as demandas mais urgentes, utilizando assim a eficiência como vetor balizador.

Dessa forma, o judiciário seria aquele que estaria disponível para a efetivação das demandas em caso de ilegalidade, incluindo nessa hipótese a omissão dolosa<sup>325</sup>. Ocorre que não é isto que se vê na realidade. O poder judiciário assume hoje um papel ativo (ativismo judicial) em que não apenas se verificam as ilegalidades, mas também legisla, administra e determina alocações de recursos.

Por judicialização (sinônimo de ativismo judicial para alguns)<sup>326</sup>, entende-se a atuação direta do Poder Judiciário em questões de larga repercussão política ou social, decisão esta que caberia às instâncias políticas tradicionais (Poderes Executivo e Legislativo). Assim, envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Várias são as causas desse fenômeno, desde a tendência mundial até ao modelo institucional brasileiro e sua ineficiência<sup>327</sup>.

Hoje, é comum o judiciário interferir nas políticas públicas, com o pretexto de efetivá-las mediante a institucionalização do ativismo judicial. Por óbvio que é reflexo em parte é por culpa das instâncias que deveriam agir na efetivação da Constituição Federal. Foi ela que propiciou essa nova forma de participação da magistratura e da obrigação de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. A omissão dos demais poderes acaba por dar ao judiciário as prerrogativas de interferir diretamente na efetivação de políticas públicas.

Por óbvio que essa “nova função” do Poder Judiciário causa divergências. Muito se questiona se poderia ele atuar como se Executivo ou Legislativo fosse visto que o princípio da separação dos poderes é tão fortemente enraizado.

Outra crítica seria o fato de que, para exercer funções políticas, deveria ser dada essa legitimidade pelo povo, através das eleições. Os magistrados não são eleitos. Estariam,

---

<sup>325</sup> ZANETI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANEBE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33-72.

<sup>326</sup> Existem doutrinadores que colocam estas palavras como sinônimos, outros que a consideram de maneira diferenciada. Para estes o ativismo judicial seria uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

<sup>327</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 jan. 015

portanto, usurpando funções dos que estão exercendo mandato popular, escolhidos pelo povo para exercício desta função. Além disto, o judiciário estaria juntando instâncias diferentes, quais sejam: política e direito.

Concordando com a pertinência de todas essas críticas, acrescentam-se a elas a escassez de recurso e a falta de competência técnica do judiciário para geri-los. Essa crítica que vem sendo tecida em toda a dissertação se aplica de pronto à questão do ativismo judicial. Com que critério pode um poder externo determinar a aplicação de determinado recurso em outro sem nenhum tipo de planejamento? A determinação baseada na argumentação simples que “a Constituição determina que” não supre a “falta de recurso parar”.

Vale salientar que não se trata de uma refutação à simples interferência do judiciário. Não é considerada arbitrária nem absurda. Pretendem-se apenas considerar os limites e as consequências dela para que sua existência não perca o sentido, transformando-se mais em uma inadequação que um auxílio para a resolução do problema.

Verificam-se também divergências doutrinárias quanto ao âmbito de proteção aos direitos fundamentais/sociais. Parte da doutrina entende serem eles direitos subjetivos públicos, ou seja, passíveis de garantia judicial, independentemente de qualquer coisa. Muitos entendem ter esses direitos natureza prestacional, tendo eles que ser compatibilizados com a escassez de recursos, através de suas teorias estudadas (dimensão objetiva)<sup>328</sup>.

O primeiro argumento sustenta a efetivação dos direitos sociais a qualquer preço, sendo irrelevantes os custos que acarretem para tanto<sup>329</sup>. Também é irrelevante qualquer argumento estatal que gire em torno da limitação orçamentária, bem como da eficiência na prestação para toda a coletividade. A análise deste argumento se dá no caso concreto em que apenas se observa a micro justiça, a efetivação ou não daquele direito para aquela pessoa.

O segundo argumento trabalha o caso concreto no contexto social em que a judicialização dessas demandas seria impertinente<sup>330</sup>. Está-se diante da análise sob o prisma da macro justiça em que o judiciário não teria competência para fazer as escolhas alocativas de recursos públicos no lugar da Administração Pública.

Por depender de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social, defende-se que essas normas assumem a feição de programáticas, ou seja, dependem de

---

<sup>328</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>329</sup> O Supremo Tribunal Federal em sua maioria absoluta como em breve será analisado.

<sup>330</sup> Essas referências são obtidas no estudo da Teoria dos Custos do Direito já analisadas no capítulo anterior.

formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Assim, o princípio da separação dos poderes impediria a interferência do judiciário nesta seara<sup>331</sup>.

O judiciário teria por função inerente à concretização da justiça sempre no caso concreto, não examinando o direito tutelado em suas consequências globais. Ou seja, não está na própria vocação deste poder a análise amplificada, com a verificação da destinação global dos recursos públicos em benefício de um, sendo que este benefício traria prejuízo à coletividade<sup>332</sup>.

Ocorre que algumas decisões judiciais não afetam apenas as partes envolvidas, vai além, demanda orçamento que pode prejudicar outrem. Além disto, elas podem ir de encontro às políticas já estabelecidas pelos gestores públicos, interferindo em toda uma estrutura previamente estabelecida, não apenas nos recursos financeiros, mas na estrutura procedimental da efetivação de determinada política pública.

O Judiciário, ao apreciar demandas (individuais ou coletivas) relativas a pretensões positivas, deveria, em função do mínimo existencial e da excepcionalidade da situação, ponderar o grau de essencialidade dessa pretensão. Assim, justificaria a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento desta pretensão<sup>333</sup>.

Conforme já mencionado, as demandas alocativas já são previamente definidas, sendo geridas e escolhidas segundo critérios técnicos e de essencialidade por quem é de direito. Ao decidir demanda que requeira recursos financeiros, por óbvio, interferirá em toda a coletividade de demandas na área definida. Portanto, até mesmo para garantir o mínimo existencial a toda coletividade, demandas assim precisam passar por um crivo não apenas legal, mas também econômico verificando o seu impacto.

Essa “mistura” de funções acaba sendo reflexo da própria Constituição Federal mais democrática, programática e abrangente. Portanto, a interferência judicial em assuntos, *a priori*, não próprios decorre desse modelo de Constituição analítica, assim como do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil. Este permite discussões de

---

<sup>331</sup> MENDES, G. SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO /AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) / Julgamento: 17/03/2010 /Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001. Acesso em: 29 dez. 2014.

<sup>332</sup> AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 208-11.

<sup>333</sup> Ibid. p. 228.

largo alcance político e moral em ações judiciais. Assim, para Barroso, “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”<sup>334</sup>.

O próprio Supremo Tribunal Federal verifica a possibilidade de interferência política muito mais que legal em situações excepcionais a exemplo da ADPF 45/DF<sup>335</sup>. A previsão dada pelo Ministro Celso de Mello é quando configurada hipótese de abusividade governamental e da oponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Apesar de utilização da teoria das escolhas trágicas, não a utiliza analisando as consequências para a coletividade em ações individuais.

Por esta razão, a responsabilidade dos magistrados se amplia. Como sua interferência em políticas públicas acaba sendo constitucionalizada, é importante que se tenha a dimensão das consequências das decisões assim relacionadas. Assim, não apenas a observância da lei em sua tradução, mas nas consequências sociais e políticas delas.

Para Barroso, somente pode o judiciário interferir nesses casos em hipóteses de omissão ou ações que sejam contrárias à própria Constituição. Também estaria autorizado em situações em que fosse atingindo o mínimo de existência e núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nas demais hipóteses, a atuação do judiciário deve ser observada com parcimônia, para não adentrar na esfera pertinente aos outros poderes. Portanto, havendo lei ou atos administrativos que implementem preceitos constitucionais, e estes sendo regularmente aplicados. Salienta ainda que, fora dessas hipóteses, deve-se utilizar da autocontenção<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Atualidades Jurídicas** – revista eletrônica da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 jan. 2015

<sup>335</sup> MELLO, C. ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Informativo/STF nº 345/2004): “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

<sup>336</sup> BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C.P. (Org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 875-903.



Sobre este último ponto, autocontenção judicial, vale esclarecer que hoje pouco se aplica no Brasil. Trata-se de uma forma de compreensão do judiciário de maneira menos evasiva e impositiva em situações que tenha conquistas políticas envolvidas, aplicando nestes casos os direitos sociais aqui tratados.

A doutrina da autocontenção adota uma concepção modesta do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções<sup>337</sup>.

O que se verifica hoje é muito mais o ativismo judicial, com a interferência direta do Poder Judiciário em questões em que exista a repercussão política e social que a autocontenção. O equilíbrio seria o ideal, com o respeito às necessidades prementes e separação dos poderes, assim como a fixação das funções e deveres pertinentes a cada um destes.

### **5.3.2 Teoria das Escolhas Trágicas pelo Olhar do Supremo Tribunal Federal**

A Teoria das Escolhas Trágicas, apesar de não ser muito utilizada no Brasil, já foi discutida e analisada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas ocasiões. Os Ministros da casa têm consciência da escassez de recursos públicos, mas não necessariamente entendem isso como um obstáculo à realização dos direitos fundamentais em sua plenitude, ainda que os considere de efetivação gradual.

O assunto é muito discutido no âmbito do acesso à saúde e da obrigatoriedade estatal de seu fornecimento. O judiciário é diariamente bombardeado de ações cujo objetivo é o custeamento de tratamento médico (incluindo cirurgias, medicação, tratamentos experimentais, tratamento fora do país), individualizando essa relação, que passa a ser entre o Estado e determinado cidadão.

Sobre o tema, o Gilmar Mendes afirma que o Sistema Único de Saúde se baseia no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Portanto, para que o

---

<sup>337</sup> DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1618915/Ativismo\\_e\\_autocontecao\\_judicial](http://www.academia.edu/1618915/Ativismo_e_autocontecao_judicial)> Acesso em: 28 jan. 2015.

sistema se mantenha necessário, que seja observada a estabilidade dos gastos com a saúde com a capitação de recursos<sup>338</sup>.

Ainda que assim se enxergue, nas decisões encontradas em que a temática é abordada, percebe-se sempre que esta é utilizada como justificativa de inadimplemento pelo poder público, entendida como mera desculpa para a não efetivação dos direitos elencados.

No julgamento do ARE 727864 AGR / PR<sup>339</sup>, o Ministro relator Celso de Mello entende que não se pode ignorar que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende

---

<sup>338</sup> MENDES, G. O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário. **Audiência Pública** – Saúde. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento__MGM.pdf)> Acesso em: 29 dez. 2014.

<sup>339</sup> MELO, C. ARE 727864 AgR / PR – PARANÁ / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 04/11/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DÍVULG 12-11-2014 PÚBLIC 13-11-2014 / Parte(s) AGTE.(S) : ESTADO DO PARANÁ / PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ / AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ / PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS

de recursos financeiros que são subordinados às possibilidades orçamentárias do Estado. Mas precisaria ser comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira do Estado. Mas em nenhum momento deixa claro como seria esta comprovação, desrespeitando o princípio de presunção de veracidade e boa-fé do Estado<sup>340</sup>.

No mesmo julgado, ele ainda afirma que não é lícito o Poder Público criar obstáculo artificial e manipulação de atividade financeira e/ou político-administrativa com o propósito de fraudar e inviabilizar o direito ao mínimo existencial. Ou seja, não pode ser usado como desculpa, tendo que ser demonstrado de maneira cabal à falta de recurso.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>341</sup>.

Por óbvio, não se está pretendendo a utilização da teoria das escolhas trágicas como desculpa para o inadimplemento dos direitos fundamentais, nem como justificativa de ineficiência. Mas não se pode deixar de observar a forma simplista que a questão é tratada também pelo STF, invertendo o ônus da prova e presumindo que a Administração Pública falta com a verdade.

Como argumento fundamentante da decisão o Ministro afirma que a impostergabilidade da efetivação do dever fundamental da prestação da saúde desautoriza o acolhimento do pleito que o Estado do Paraná quando apresenta a escassez de recurso como justificativa para o inadimplemento.

---

PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHE CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

<sup>340</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>341</sup> ARE 727864 AgR / PR – PARANÁ / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 04/11/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014

Ora, o dever de saúde é realmente impostergável, mas o orçamento público é sim fator definidor e castrador da atuação estatal. Se existe a delimitação orçamentária direcionada à saúde, existe limitação de efetivação de políticas na área e também atendimento às demandas.

Em outra decisão também deste Tribunal, o Ministro Dias Toffoli entende que, em situações excepcionais, pode o Poder Judiciário determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias quando diante de direitos constitucionalmente reconhecidos sem representar violação do princípio da separação de poderes. Porém, ainda no mesmo julgado, garante que a Administração Pública não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ com a finalidade de “justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária”<sup>342</sup>.

Ou seja, para o STF, os recursos são infinitos. Como seria se todas as pessoas procurarem o judiciário para garantir o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente, tem o Estado que os efetivar a qualquer custo, ainda que não tenha recursos necessários para tanto? Isso significa que, apesar dos Ministros reconhecerem que os recursos públicos são limitados, não pode o Estado alegar esta finitude para deixar de prover direitos fundamentais. Isso parece um contrassenso.

O reconhecimento da teoria das escolhas trágicas e da escassez de recursos é observado neste tribunal. Celso de, em outro julgado, deixa claro que não se ignora a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (observando que estes são graduais) num “inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”<sup>343</sup>. Por essa razão, só compreende que não será possível a efetivação pelo Estado quando este demonstrar que não tem o dinheiro exigível para suprir a deficiência apontada em juízo.

Não se argumenta o que já estaria locado (através de leis orçamentárias) para diversos outros direitos igualmente constitucional que não o tratado no caso concreto. Tendo recurso ainda não utilizado já demonstra o bastante para se exigir o cumprimento do direito fundamental tutelado em juízo.

---

<sup>342</sup> TOFFOLI, D. AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI <Acesso em: 23 dez.2014.

<sup>343</sup> **RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**  
**Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 29/10/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma**  
**/ Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013 – Acesso em:**  
25 dez. 2014.

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.<sup>344</sup>

Diante de tal argumento, percebe a tendência do Supremo em utilizar a obrigatoriedade de observância ao direito fundamental a qualquer custo. Não apenas quando se trata de saúde, mas em todos os direitos fundamentais e sociais como educação, por exemplo.

No ARE 639.337 SP<sup>345</sup>, Celso de Mello deixa claro que a educação infantil, que é qualificada como direito fundamental de toda criança, não pode se expor às avaliações

---

<sup>344</sup> RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 29/10/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013 – acesso em 25/12/2014. E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

<sup>345</sup> ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO /AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO /Julgamento: 23/08/2011 /Órgão Julgador: Segunda Turma /Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011/EMENT VOL-02587-01 PP-00125

meramente discricionárias da Administração Pública nem pode se subordinar às “razões de puro pragmatismo governamental” em seu processo de concretização. Nesse julgado, determinou a efetivação deste direito ao Município de São Paulo, sem análise dos recursos públicos que serão utilizados para tanto.

Portanto, analisando os julgados desta corte que tratam da escassez de recursos não resta dúvida da tendência da mesma em proferir decisão mandamental sem a verificação das consequências dela, tão pouco associando a inatividade à falta de recurso disponível para todas as demandas constitucionais. Nos casos analisados, resta clara a prevalência de uma postura garantista e pouco preocupada com a eficiência das políticas públicas posto que, claramente, interfere na alocação de recursos a pretexto de cumprir mandamento legal.

#### 5.4 UMA ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

Para a compreensão dos argumentos utilizados em torno das hipóteses judicializadas de efetivação dos direitos fundamentais por parte do Estado, procurou-se analisar alguns julgados. Relacionada à escassez de recursos e à efetivação dos direitos fundamentais, tem-se uma gama enorme de ações em que o direito à saúde é o tema principal.

Como já dito anteriormente, o direito à saúde é fortemente utilizado para a exemplificação das teorias das escolhas trágicas e para a obrigatoriedade da efetivação dos direitos fundamentais por ter como pano de fundo o direito à vida. Esse direito é considerado por muitos como o principal direito, em que decorrem outros, e fator determinante por sua irreversibilidade.

No Brasil inteiro, diariamente, ouve-se falar em ações judiciais que versam sobre o direito à vida, à saúde, em que o Estado tem de arcar com o custo dos tratamentos necessários.

Em 2014, um caso emblemático ocorreu. Começou a circular uma campanha para arrecadar dinheiro para que uma menina, que possui uma doença rara (Síndrome de Berdon) e precisava de transplante de intestino, para fazer a cirurgia nos Estados Unidos. O custo inicial da cirurgia era de R\$ 2 milhões e, apesar de arrecadar o montante, a família entrou com ação judicial para que a União custeasse todo tratamento, tendo como fundamento o direito à saúde e à vida<sup>346</sup>.

---

<sup>346</sup> Processo nº 0001778-95.2014.4.03.6110 – 3º Vara Justiça Federal Sorocaba/SP.

De imediato, o juiz da 3º Vara Federal de Sorocaba concedeu liminar, obrigando a União a depositar em conta tal valor e custear qualquer despesa decorrente de tal tratamento. Mais, determinou:

Após o deferimento acima, requer: seja oficiado o Delegado de Polícia Federal para que sejam confeccionados os passaportes da menor SOPHIA GONÇALVES DE LACERDA, como também de sua representante legal PATRÍCIA DE LACERDA DA SILVA, sem o pagamento das taxas pertinentes, como também o atendimento prioritário por se tratar de urgência; seja oficiado o Ministério das Relações Exteriores para o acompanhamento por agente consular até Miami (que auxilie o processo de imigração nos Estados Unidos); seja oficiado ao Exército Brasileiro através da Força Aérea Brasileira para que disponibilize avião apropriado para a viagem da menor até a cidade de MIAMI - Florida - Estados Unidos munidos de UTI médica e todo o equipamento indispensável para manter a vida da menor; informa-se que no Hospital de Miami existem abrigos para parentes aguardarem as cirurgias, mas necessária ajuda diária, deixando aqui estipulado R\$ 150,00 (diária), ou 50 dólares americanos" - fls. 22/23. No mérito, requer a procedência do pedido "(...) para tornar definitiva a liminar concedida, concedendo à menor o transplante multivisceral junto ao Jackson Memorial Medical, sediada em Miami - Florida Estados Unidos, visto que não existe cirurgia deste porte em nosso país, condenando-se a requerida nas custas e honorários advocatícios". - fls. 24.A autora sustenta, em suma, que é portadora da síndrome de MMHIS (microcolon, mexabexiga e hipoperistalse intestinal), diagnosticada durante a gestação. <sup>347</sup>

Sem desmerecer a vida da referida criança, mas tal decisão pode ter condenado à morte outras crianças que não são citadas na ação. Mais, não se trata de um tratamento oferecido no país, pelo Estado. É tratamento pago, em valor cobrado sem nenhum controle, com o total custeamento pelo Estado, além da infraestrutura para ele (passagem, hospedagem e alimentação do acompanhante).

O direito à vida é inegável, mas até onde o dinheiro público deve ser aplicado para garanti-lo em detrimento a outras pessoas que também precisam desta proteção? Não foi pedido perícia, não foi pedida opinião sobre a possibilidade de outro tratamento realizado em território nacional, apenas imposto, sobre a argumentação que a constituição garante o direito à vida e à saúde, que a União estava obrigada a viabilizar uma quantidade enorme de recurso para atendimento de uma única pessoa.

O valor inicial da liminar concedida em tal ação corresponde a 0,1% do valor gasto em assistência hospitalar e ambulatorial em todo estado da Bahia no ano de 2013 (R\$ 2.051.062.907,67)<sup>348</sup>. Apesar de não haver quantificação do valor de uma vida, algumas

---

<sup>347</sup> Sentença do processo nº 0001778-95.2014.4.03.6110 – 3º Vara Justiça Federal Sorocaba/SP.

<sup>348</sup> Valores informados pela Secretaria da Fazenda da Bahia. p. 504. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/contas/balanco\\_anual/balancogeral\\_2013.pdf](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/contas/balanco_anual/balancogeral_2013.pdf)> Acesso em: 11 jan. 2015.

vezes, os valores gastos em determinadas situações acabam por suscitar argumentações quanto a isto pela natureza do recurso e da quantidade infinita de deficiências. Os recursos são escassos, e a infinidade de pessoas que precisam de atendimento cada vez cresce mais. Mas, qual o limite disso? Pagamento de tratamento experimental é possível diante de um atendimento à saúde precário para a maioria? Pagamento de tratamento no exterior com um valor tão alto é possível, sendo que nenhum outro brasileiro poderá ter tal tratamento?

O art. 196 da Constituição Federal<sup>349</sup>, tão comumente utilizado como fundamento para a concessão de tratamento pelo judiciário não inclui tratamento custeado fora do país. Além disto, deixa claro que o acesso é universal e igualitário, não sendo restrito e personalizado como muitas vezes se vê em casos assim.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>350</sup>.

Analisando o artigo acima, percebe-se que a efetivação do direito à saúde perpassa pela elaboração de políticas públicas (sociais e econômicas) para a prevenção de doenças e Para o acesso universal e igualitário à assistência à saúde prestada aqui, em razão de que deixa claro que se trata de suas ações e serviços.

Por mais que se alegue que o tratamento somente poderia ser feito nos Estados Unidos, resta a discussão sobre a obrigatoriedade do pagamento desse pelo Estado brasileiro, dado que está-se diante de uma situação de escassez em que muitos municípios sequer têm um posto de saúde. A escassez é tamanha que morrem pessoas com as doenças mais simples e tratáveis justamente por faltar o mínimo de cuidado médico.

O valor pago apenas a esta criança, num tratamento fora do país, salvaria a vida de tantas outras, se estivessem alocados em campanhas de prevenção, programas sociais ou de saneamento básico, atingindo uma quantidade muito maior de cidadãos. Além disto, os princípios da administração pública são feridos em sua essência, a exemplo da impessoalidade e eficiência.

---

<sup>349</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>350</sup> Ibid.



Só em termos comparativos, foram destinados na lei 13.935/2014 – LOA do estado da Bahia, o valor de R\$ 615.000,00 para assistência ao idoso de todo território baiano<sup>351</sup>. O valor não foi maior porque não existiam recursos suficientes, visto que são escassos, para toda a demanda de saúde, priorizando a administração geral que engloba urgências e emergências bem como os atendimentos ambulatoriais básicos.

A análise das leis de orçamento acaba por confirmar a escassez de recursos. Vendo a disponibilidade orçamentária à primeira vista, pode parecer que não, mas, verificando as alocações de recursos para dos infinitos programas, acaba por confirmar que não dá para suprir todas as demandas. Muitas vezes, não se consegue dinheiro suficiente para investir nas demandas já consolidadas, faltando materiais básicos em hospitais, por exemplo.

Outro tipo comum de ação judicial envolve a obrigatoriedade de internamento em casos de urgência. O comando judicial é que o Estado disponibilize leito ou uma cirurgia num prazo mínimo, atendendo ao dispositivo constitucional que garante o direito à vida. Esse tipo de decisão é muito assertiva, se não verificado um aspecto que a envolve: quem deixará de ser socorrido para que este outro alguém que obteve decisão judicial receba o tratamento?

Um exemplo se encontra no Agravo de Instrumento nº 0009308-94.2013.8.05.0000 – TJBA<sup>352</sup>, em que o Estado da Bahia questiona a decisão liminar que determina:

“interne e realize o tratamento cirúrgico que o Autor BRUNO LUDOVICO DE SOUSA necessita, em 48 horas, no HOSPITAL ROBERTO SANTOS, onde será realizado o procedimento requisitado pelo médico Neurocirurgião, José Marcos Pondé, que o acompanha, bem como custeie todo e qualquer tratamento que necessitar, conforme os termos do relatório médico de fls. 10, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a ser revertido em favor do Hospital Martagão Gesteira, sem prejuízo de responsabilidade civil e penal” (fl. 30).<sup>353</sup>

A decisão chega a ser infundada, uma vez que determina que seja feita uma cirurgia neurológica em 48 horas (sendo que não se sabe o estado do paciente, se pode ou não fazer a cirurgia neste prazo) e determina lugar e médico que a fará (sendo que este não necessariamente esteja disponível), sob pena de multa diária. Como seria viabilizada esta decisão? O médico trabalha para o Estado ou precisam ser pagos honorários particulares? Se a última opção, não teria médico competente para fazer tal cirurgia?

---

<sup>351</sup> BAHIA. Orçamento 2014. Governo do Estado da Bahia. Disponível em: <[http://www.seplan.ba.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/VOLUME\\_I.pdf](http://www.seplan.ba.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/VOLUME_I.pdf)> Acesso em: 12 jan. 2015.

<sup>352</sup> Agravo de Instrumento nº 0009308-94.2013.8.05.0000 – TJBA.

<sup>353</sup> Sentença processo nº 0340974-37.2013.8.05.0001.

Nesse tipo de decisão judicial, extrapolam-se os limites da atuação do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, atingindo mérito administrativo. Determinar local, data e profissional que fará uma cirurgia em hospital público altera significativamente a rotina deste e a forma de gestão da saúde pública. Não se ponderam os limites em que uma interferência como esta pode prejudicar todo um sistema de saúde.

Apesar das argumentações do Estado nesse agravo de instrumento, em que se afirma que não existiu entrada do paciente no Sistema de Regulação da Urgência e Emergência do Estado – SUREM –, o que é um indicativo de que o ente federativo jamais foi provocado pelo Autor da ação ou por seu médico, para a realização de qualquer tipo de cirurgia, nem que este tipo de medida fere a isonomia, pois burla o sistema de regulação do Estado, fez com que a julgadora entendesse que o direito à saúde é imprescindível, mas é para todos e não apenas para aquela pessoa em especial.

O Sistema Único de Saúde trabalha com a regulação, em que são feitos a triagem e o escalonamento das enfermidades e seus graus de gravidade, sendo colocados em ordem de prioridade os mais graves e urgentes. A quantidade de leito é permanente, assim como a quantidade de cirurgias realizadas e os materiais que são utilizados. Uma vez que exista uma determinação judicial para atender determinada pessoa, outra que estava na fila e, provavelmente, em situação mais grave, deixará de ser atendida, ou terá seu atendimento retardado.

O sistema de regulação, Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007, criou a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde – SUS, com a finalidade de estruturar as ações de regulação, controle e avaliação no âmbito do SUS, visando ao aprimoramento e à integração dos processos de trabalho; fortalecimento dos instrumentos de gestão do Sistema Único de Saúde - SUS, que garantem a organização das redes e fluxos assistenciais, provendo acesso equânime, integral e qualificado aos serviços de saúde; e o fortalecimento do processo de regionalização, hierarquização e integração das ações e serviços de saúde.

A regulação, portanto, é mecanismo de facilitação da gestão da saúde nas regiões, estruturada conforme necessidades regionais para facilitar a administração da saúde, de maneira transparente e isonômica. Esse é o princípio das políticas públicas traçadas a partir desta perspectiva. Porém, como já dito em diversas oportunidades, o Brasil é um país em desenvolvimento, com desigualdades sociais muito grandes, bem como uma gama enorme de pessoas sem recursos que precisam da assistência estatal para diversos tipos de carências, incluindo nestas a saúde.

Por essa perspectiva de escassez, são estabelecidos, pela Administração Pública, critérios (estes estabelecidos por uma equipe técnica que estudou sobre o assunto) definidos para que seja prestado o serviço de saúde possível e mais bem distribuído, obedecendo a critérios preestabelecidos, relacionados de acordo com estudos específicos para tal intento. Assim, pretende-se alcançar uma maior quantidade de pessoas, solucionando os casos de acordo com sua complexidade e gravidade.

Resta claro que faltam leitos, médicos, unidades de tratamento, medicamentos. Por toda dissertação foi reafirmada a escassez de recursos, a qual acaba sendo um impeditivo da plena efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos. A interferência do judiciário nesta seara acaba por desestruturar a tentativa de equidade proposta pela regulação.

Não se está diante de justiça. Casos como esses agravam ainda mais a disparidade de quem tem recursos pra quem não tem recursos. As pessoas que não possuem instrução e recursos ficam a mercê da sorte, posto que sempre será priorizado pelo judiciário quem o procurará. Os critérios de atendimento, nesse caso, fogem dos critérios definidos pela administração pública, que através de estudos, definiu a regulação como competente para decisões desse porte. Isso apenas confirma a escassez de recursos, já que, se não houvesse, todos seriam atendidos prontamente de maneira indistinta.

Por não ter mecanismos de atendimento às necessidades de saúde universal, o Estado criou forma de priorizar o atendimento aos mais graves, que possuem maior risco de morte. A regulação, composta por equipe médica, faz uma triagem e lista as demandas conforme gravidade. Quando uma decisão judicial dessa coloca alguém que não está na lista da regulação na frente de outro que está, acaba por sentenciar à morte outro alguém, muitas vezes, está num quadro de maior urgência, não resolvendo a efetivação dos direitos constitucionais, pelo contrário.

O princípio da impessoalidade não deve ser esquecido pela administração pública. Decorrente da igualdade e isonomia, a impessoalidade prevê que qualquer cidadão deve ter do poder público o mesmo tratamento, sendo vedada ação ou omissão que caracterize privilégios ou prejuízos<sup>354</sup>. Apesar da Administração se furtar deste tratamento desigual, o judiciário acaba por estimulá-lo, uma vez que a quem o procura, determina o atendimento de todas as necessidades, ainda que estas extrapolem os limites normais de fornecimento.

Mais que isto, muitas vezes acaba por tirar de quem já tinha o direito a possibilidade de ter efetivado por privilegiar quem ao judiciário pede socorro. Não é possível que não se

---

<sup>354</sup> RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 478.

perceba que num estado de escassez, em que existe limitação física de leito, o ordenamento de uma internação não signifique o impedimento de outra, tão mais necessitada ou igualmente necessitada. Começa-se, assim, uma verdadeira inversão de valores, voltando a privilegiar quem mais tem conhecimento e/ou dinheiro para contratação de advogado.

Além do pedido de internamento, é comum o pedido de fornecimento de medicações específicas, para tratamentos especiais, em que se determina marca e quantidade. Estes medicamentos possuem valores exorbitantes, muitos deles não disponibilizados ou ainda não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Existe uma lista com uma quantidade grande de medicamentos oferecidos pela rede pública. Esta lista cresce a cada dia, posto que a medicina avança, lançando novas drogas para diversos tratamentos. Por óbvio que o Estado não acompanha com a rapidez necessária estes lançamentos. Assim, a tutela judicial acaba por suprir esta carência, determinando a disponibilização desses de imediato.

Obviamente existem muitos medicamentos únicos, mas não se pode deixar de estranhar, num país onde exista incentivo ao medicamento genérico por parte do governo e uma resistência a este “barateamento” dos custos por parte das indústrias farmacêuticas (incluindo acordos com os médicos para isto) que seja determinado o fornecimento não da medicação em si, mas da medicação referência<sup>355</sup>.

São milhares de ações judiciais em que se obriga ao fornecimento de medicação específica, não a droga e sim o medicamento referência, por todo Brasil. Isto claramente vai de encontro a um dos institutos mais conhecidos do direito administrativo: a licitação.

Um caso interessante é o visto no processo JEBA nº 0318352-61.2013.8.05.0001<sup>356</sup> em que o autor pede o fornecimento de fraldas descartáveis da marca “Pompom” tamanho SXG. A liminar foi deferida por se tratar de paciente em tratamento de saúde, sendo ela relacionada como material indispensável ao tratamento do Autor em decisão. Em agravo de instrumento<sup>357</sup>, a decisão foi revista afirmando a relatora que não se trata de medicamento e que não integra a lista de insumos do Sistema Único de Saúde.

---

<sup>355</sup> **Medicamento de marca ou referência:** É o produto inovador, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente por ocasião do registro. É geralmente o primeiro remédio que surgiu para curar determinada doença e sua marca é bem conhecida. **Anvisa.** Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/100300.htm>> Acesso em: 10 jan. 2015.

<sup>356</sup> TJBA processo nº 0318352-61.2013.8.05.0001.

<sup>357</sup> AI TJBA processo nº 0004983-91.2013.8.05.0000.

Algumas considerações sobre este processo. Não se trata de medicamento ou atuação que interfira diretamente no tratamento de saúde do Autor, vê-se claramente a conceituação elástica, própria de conceitos indeterminados e suficiente para abarcar uma infinidade de situações. Tanto assim que o agravo de instrumento foi provido. Outro ponto imprescindível de se notar é a especificação da marca da fralda. Não é qualquer fralda que tenha a mesma função, mas uma fralda de marca específica.

É sabido que o poder público precisa licitar para adquirir bens<sup>358</sup>. Ainda que em valores passíveis de dispensa, não se pode exigir marca específica quando existir outras no mercado que tenham a mesma finalidade e uso. Tal situação vai de encontro com os valores e ditames do próprio direito administrativo.

A licitação tem como finalidade principal a garantia da contratação pelo Estado da proposta mais vantajosa, respeitando os princípios a ela conferidos. Assim, tendo produtos ou serviços equivalentes, a Administração tem que escolher qual das opções é mais barata, sem escolha de marca ou fabricante, apenas observando as especificações do produto.

Por este motivo, uma vez que o autor de uma ação específica marca, numa realidade em que existem produtos e medicamentos equivalentes, e o juiz defere este pedido, além da interferência no mérito administrativo existe a burla a um instituto próprio, o da licitação. Não poderia, portanto, o judiciário, determinar qual a marca e produto específico que o Estado tenha que fornecer.

Analisando os casos concretos aqui trazidos, tem-se uma ideia mínima de alguns problemas gerados quando da interferência do Judiciário em casos específicos que envolvem escolhas trágicas. A interferência sem medida, simplificando a relação entre Estado e indivíduos personalizados, na busca da realização de um direito fundamental pode acabar por afastar a realização deste de maneira global.

A proposta prevista na Constituição é a realização dos direitos ali trazidos de maneira uniforme e global, com respeito à igualdade, sendo extensivo e impessoal<sup>359</sup>. Assim, independente do ferimento de morte de alguns institutos próprios do direito administrativo, personificações deste tipo podem comprometer a estes aspectos tão próprios de um estado democrático de direito, em que não se pretende privilégios.

---

<sup>358</sup> JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 2014.

<sup>359</sup> BONIFÁCIO, A. C. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2008.

## 6 CONCLUSÃO

A compreensão dos valores e princípios que regem o Brasil é imprescindível para se entender quais os direitos aqui perpetrados, sendo comando para a Administração Pública e a toda sociedade. Previstos na Constituição Federal, devem ser efetivados pelo Estado, que não podem deixar de cumprir essas obrigações ainda que em situação de escassez de recursos.

Como demonstrado, vivemos numa sociedade que tem uma infinidade de demandas constitucionalmente previstas e uma quantidade limitada de recursos financeiros para geri-las. Por essa razão, as escolhas administrativas acabam sendo escolhas trágicas, posto que o Estado, dentre infinitas necessidades e obrigações, deve escolher quais direitos serão prioritariamente assegurados, não deixando de efetivar todos os demais, ainda que não plenamente.

A atuação estatal deve acontecer priorizando o atendimento destas demandas, mas observando os princípios e prerrogativas obrigatórios a boa administração. Dentre eles, se encontra o princípio da eficiência que determina a Administração Pública uma atuação onde a relação custo-benefício seja sempre observada, ou seja, deve buscar a melhor opção dentre as existentes.

Por ser algo tão óbvio, a quem não considere a eficiência como princípio, mas como parte da própria ação estatal, uma vez que se não for eficiente será contrária ao interesse público, o que não é permitido. Assim, uma atuação ineficiente seria uma atuação inconstitucional.

Quando da ponderação entre a eficiência e a legalidade, observada no terceiro capítulo, importante esclarecer a necessidade de uma visão ampliada do próprio sentido de legalidade. É preciso compreender que não se deve, sob pena de ferir o interesse público, apenas fazer o que é previsto na lei, mas fazer o que está previsto na norma.

A Administração Pública, para a realização dos direitos fundamentais, precisa de mecanismos que possibilitem as escolhas eficientes, o que não se percebe quando se pode escolher apenas o que está previsto em lei. A previsão legal é fator imprescindível para a segurança jurídica, mas não para a efetivação eficiente dos direitos constitucionais. A possibilidade de escolhas em um caso concreto, pretendida de maneira eficiente, pressupõe uma análise de razoabilidade e proporcionalidade, vedada pela rigidez legal.

Hoje, ainda que absolutamente necessária a vinculação à legalidade, pela própria necessidade de uma administração dialógica, o alcance da atuação estatal engloba a necessidade da utilização de mecanismos eficientes para a efetivação dos direitos fundamentais, ultrapassando a simples menção à lei, mas compreendendo a intenção da norma.

A verificação da escassez de recursos é fator decisivo para uma Administração Pública mais eficiente. Isto porque se está diante de fatos e não suposições, em que a compreensão do desequilíbrio entre demandas e possibilidades determina a necessidade de escolhas eficientes. Os direitos fundamentais precisam ser efetivados, mas não o serão por completo nem de maneira imediata, uma vez que os recursos existentes não são suficientes para isto.

Não sendo eficientes o legislativo e o executivo, deverá o judiciário proteger esses direitos fundamentais, garantindo a sua efetivação e sanando as ilegalidades. Ocorre que isto também não pode ser feito a qualquer preço, importante que se tenham em mente a escassez de recursos e as demandas que são produzidas com os recursos já alocados.

A decisão em um caso concreto não envolve apenas o cidadão e o Estado, mas pode se estender para toda a coletividade. Em situações onde se defina uma alocação de recurso específica, está diretamente ligada aos recursos previamente definidos para aquela rubrica, e impactará em toda estrutura administrativa que envolve a matéria.

Também importante chamar a atenção para o fato de que a justiça e os direitos fundamentais não podem ser personificados. Quando, numa demanda, se determina que uma pessoa receba determinado tratamento, outra pessoa, talvez até mais grave com maior risco de morte, deixa de receber este tratamento. A princípio parece que se está efetivando o direito fundamental, que se está fazendo justiça, mas, ampliando o campo de visão, percebe-se que, na verdade, a ação afasta a justiça e a verdadeira efetivação, pois o Estado tem como regra básica a impessoalidade.

Portanto, não apenas a micro justiça deve ser considerada em um caso concreto, mas também a macro justiça. Os impactos da decisão judicial não deverão ser deixados de lado, como hoje o é, deve-se ter em mente a efetivação real dos direitos fundamentais. Isso porque a efetivação não ocorre apenas para um indivíduo, mas para toda a sociedade. Caso assim não seja, o sentido de justiça é afastado, bem como a correta observância dos direitos constitucionais.

Ao percorrer o caminho traçado na dissertação, observa-se que os lugares predeterminados para os diversos poderes/deveres hoje não mais são completamente

definidos. Existem pontos de conversão que precisam ser observados com certa parcimônia, sob a pena de afastar ainda mais os valores sociais perquiridos.

Compreender que existe escassez de recursos e que os direitos precisam ser defendidos com certo critério é peça fundamental para a possibilidade de uma maior interação e até mesmo concretização dos direitos fundamentais. Não será este entendimento um empecilho, posto que a escassez é uma realidade. A compreensão dos fatos de maneira racional somente ajuda a encontrar caminhos mais específicos para o alcance da finalidade pretendida.

Resta claro que o papel do Judiciário é fundamental no controle judicial dos atos e omissões administrativas. Porém, quando extrapola os limites ideais, acaba por afastar a efetivação dos direitos fundamentais, afastando assim a própria justiça.

As escolhas trágicas devem ser realizadas por quem tem preparação técnica para isso, com uma análise específica e pormenorizada, a fim de uma atuação eficiente do Estado na efetivação da Constituição Federal. Entendendo esse ponto como indisponível, o controle judicial será cada vez mais necessário para o atingimento do ideal de sociedade e peça fundamental para a verdadeira concretização dos direitos fundamentais e da justiça.

A intensão, portanto, não é a crítica à atuação judicial nesses casos, mas a observância da necessidade de um olhar além. O combate à corrupção e à omissão estatal deve ser um fato a considerar, mas também se devem ter em mente as consequências de uma simples decisão. Quando em situações de alocação de recursos, o atendimento de um significa a não atendimento de outro, e isso não pode ser ignorado.

Assim, percebendo a existência da escassez, a necessidade das escolhas trágicas e a consequência das decisões, pode-se ter uma noção real da efetivação dos direitos fundamentais. Desta forma, não há pesar, se estará tutelando os direitos daquela pessoa que recorreu ao judiciário, mas a toda a coletividade, a quem ele deve de fato proteger.



## REFERÊNCIAS

Agravo de Instrumento nº 0009308-94.2013.8.05.0000 – TJBA.

AI TJBA processo nº 0004983-91.2013.8.05.0000.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ALONSO, D. C. A Internacionalização dos Direitos Humanos – Origem e Consequências. In: TAYAH, J. M.; ROMANO, L. D.; ARAGÃO, P.(Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. São Paulo - Rio de Janeiro - Buenos Aires: Livre Expressão, 2013.

AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, C. C. C. Os Direitos Fundamentais e a Jurisdição Constitucional em Face à Crise de Representação no Estado Constitucional Democrático. In: TAYAH, J. M.; ROMANO, L. D.; ARAGÃO, P. (Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. São Paulo - Rio de Janeiro - Buenos Aires: Livre Expressão, 2013.

ANTONIO, N. M. L. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K.(Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, A. S. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, **Instituto Brasileiro de Direito Público**, nº. 4, nov-dez, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae.asp>>. Acesso em: 06 de novembro de 2014.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAGNOLI, V.; BARBOSA, S. M.; OLIVEIRA, C. G. B. **Introdução à História do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

BAHENA, K C. D. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

BAHIA. Orçamento 2014. **Governo do Estado da Bahia**. Disponível em: <[http://www.seplan.ba.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/VOLUME\\_I.pdf](http://www.seplan.ba.gov.br/wp-content/uploads/2013/01/VOLUME_I.pdf)> Acesso em: 12 jan. 2015.

BALKIN, J. Deconstruction Practice and Legal Theory. **Jus Navigandi**. Disponível em:<<http://xa.yimg>.

com/kq/groups/19743368/578432787/name/Deconstructive%20Practice%20and%20Legal%20Theory.pdf> Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Ideology and Constraint. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19743368/8/726475704/name/Ideology%20as%20Constraint.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19743368/1765535577/name/transdecon1.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2013.

BARBOSA, L. M. B. Análise Econômica Soluciona Conflito entre Princípios. 2010. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-24/analise-economica-direito-solucoes-conflitos-principios>> Acesso em: 27 nov. 2014.

BARBOZA, M. N. **O Princípio da Moralidade Administrativa** – uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileiras. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 875-903.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Atualidades Jurídicas** – Revista eletrônica da OAB. < Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 jan. 2015.

BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Z. **A arte da vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BEZERRA, P. C. S. **A Produção do Direito no Brasil**. Ilhéus: Editora da UESC, 2008.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONIFÁCIO, A. C. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2008.

BRASIL. Diferenças entre embalagem de genérico e similar. 2000. **Anvisa**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/100300.htm>> Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BREYER, S. **Active Liberty: interpreting our democratic constitution**. New York: Vintage Books, 2005.

BURGO, V. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, A. P; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CALDAS, I. L. D. A. A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10617](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617)> Acesso em: 17 nov. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, C. O. Licitação Pública Ecosocioeconômica. In: TAYAH, J. M.; ROMANO, L. D.; ARAGÃO, P.(Org.). **Reflexiones sobre Derecho Latino Americano**. São Paulo - Rio de Janeiro - Buenos Aires: Livre Expressão, 2013.

CASTRO, F. L. **História do Direito: geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEQUER, C. O princípio da proteção ao núcleo essencial d Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). 2013. **Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>> Acesso em: 25 jan.2015.

CORREA, L. A.; LUZ SEGUNDO, E. P. O Princípio da Eficiência: Interlocação entre a Gestão Pública Ampliada e o Novo Paradigma da Administração Pública Dialógica à Luz do Estado Democrático de Direito. **Compedi**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/05\\_1689.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/05_1689.pdf)> Acesso em: 01 dez. 2014.

COSSIO, C. **La Valoracion Jurídica Y La Ciencia Del Derecho**. Capítulos I e III. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1941.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

DIAS, J. A. **Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1618915/Ativismo\\_e\\_autocontecao\\_judicial](http://www.academia.edu/1618915/Ativismo_e_autocontecao_judicial)> Acesso em: 28 jan. 2015.

DIÓGENES JÚNIOR, J. E. N. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)> Acesso em: 18 nov. 2014.

DURKHEIM, E. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGELHARDT, H. T. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

ENGISCH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDEZ, P. R. A. Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

FREIRE JÚNIOR, A. B. O Controle Judicial de Políticas Públicas. In: CRUS E TUCCI, J. R.; BEDAQUE, J. R. S. (Org.). **Temas Fundamentais de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. I.

FREITAS, J. **Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GABARDO, E. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GEERTZ, C. **A Interpretação Das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GOLDSCHMIDT, R. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v.14, n.14, 2000.

GRAU, E. R. **Ensaio e Discursos sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, A. P. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia** – entre a facticidade e a validade Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro**: estudos da teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HEINEN, J. O Custo do Direito à Saúde e a Necessidade de uma Decisão Realista: Uma Opção Trágica. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UM\\_A\\_OPCAO\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UM_A_OPCAO_TRAGICA.pdf)> Acesso em :21 nov. 2014.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. São Paulo: Fabris, 1991.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R.. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

HUSSERL, E. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 2014.

KLOEPFER, M. Os Direitos Fundamentais da lei Fundamental: sucessos, fraquezas, tarefas para o futuro. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; CARBONELL, M. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

LEITE, L. F. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LUKÁCS, G. **Prolegômenos para uma ontologia do ser social**. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2010.

MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAINO, C. A. G. Derechos Fundamentales y La Necesidad de Recuperar Los Deberes. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; CARBONELL, M. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

MARCELLINO JUNIOR, J. C. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARMELSTEIN, G. A Difícil Arte de Ponderar o Imponderável: Reflexões em Torno da Colisão de Direitos Fundamentais e da Ponderação de Valores. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; CARBONELL, M. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

MARTINS, R. M. Princípio da Moralidade Administrativa. In: PIRES, L. M. F.; ZOCKUN, M.; ADRI, R. P. (Org.). **Corrupção, ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MATOS, F. Direitos fundamentais: núcleo essencial como limite de flexibilização. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14449/direitos-fundamentais-nucleo-essencial-como-limite-de-flexibilizacao#ixzz3ProqTNP>> Acesso em: 25 jan. 2015.

MAUSS, M. Essais de sociologie. Paris, Éditions de Minuit. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss\\_marcel/fait\\_social\\_formation\\_caractere/fait\\_social\\_caractere.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/fait_social_formation_caractere/fait_social_caractere.pdf)> Acesso em: 27 dez. 2014.

MEDAUAR, O. Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Informativo/STF nº 345/2004).

\_\_\_\_\_. ARE 727864 AgR / PR – PARANÁ / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 04/11/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014 / Parte(s) AGTE.(S) : ESTADO DO PARANÁ / PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ / AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ / PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO /AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO /Julgamento: 23/08/2011 /Órgão Julgador: Segunda Turma /Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011/EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

\_\_\_\_\_. RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/10/2013. Orgão Julgador: Segunda Turma.

\_\_\_\_\_. ARE 727864 AgR / PR – PARANÁ / AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO / Julgamento: 04/11/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014

MENDES, G. O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário. **Audiência Pública** – Saúde. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM.pdf)> Acesso em: 29 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.

**Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 10, jan 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf)> Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO /AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) / Julgamento: 17/03/2010 /Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001. Acesso em: 29 dez. 2014.

MENDONÇA, P. R. S. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MODESTO, P. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Redae**. Salvador, nº 10, maio/junho/julho 2007. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2014.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, G. O. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, D. F. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NETTO, L. C. P. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, M. **Entre Hidras e Hércules** – princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, A. C. O. Corrupção: o combate através da prevenção. In: P. PIRES, L. M. F.; ZOCCUN, M.; ADRI, R. (Org.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NUSSBAUM, M.; SEN, A. **The Quality of Life**. The United States by Oxford University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **A fragilidade da bondade** – Fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. São Paulo: Ed. Wmf Martinsfontes, 2009.

OLSEN, A. C. L. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível. 2006. Dissertação (**Mestrado em Direito**). Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

OTERO, P. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2003.

PANCOTTI, J. A. **Inafastabilidade da Jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa**. São Paulo: LTR editora, 2008.

PEREIRA, M. H. R. El Hombre em la Poesia Griega Arcaica. **Estudios Classicos**, n 49. Madrid: Éditour Patronato Menendez Pelayo, 1966.

PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado da Argumentação** (A Nova Retórica). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, R. A. Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law. **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper** n. 53 (2D SERIES). Disponível em: <[http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)> Acesso em: 27 dez. 2014.

Processo nº 0001778-95.2014.4.03.6110 – 3º Vara Justiça Federal Sorocaba/SP.

RAMOS, G. G. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMOS, M. C. S. **Princípio da Proibição de Retrocesso Jusfundamental Aplicabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

\_\_\_\_\_. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ROCHA, C. L. A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

RODRIGUEZ, V. G. **Argumentação Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSA, A. União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos. Associação dos Advogados de São Paulo. **Clipping Eletrônico**. Disponível em: <[http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=16544](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=16544)> Acesso em: 04 jan. 2015.

ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SABINO, M. A. C. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, A. P.; WATANEBE, K. (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



SAMPAIO, M. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, B. S. **Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 1987.

SANTOS, L. R. B. S. Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22261>> Acesso em: 11 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Princípio da eficiência e princípio da legalidade. Relação no controle de atos da administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3312, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22304>>. Acesso em: 20 out. 2014.

SARLET, I. W. Constituição e Proporcionalidade. **Revista de Estudos Criminais**, vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

\_\_\_\_\_. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso em: 08 dez. 2014

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**: N° 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012. Salvador/Bahia/Brasil. ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>> Acesso em: 05 jan.2015.

SARTRE, J. P. **Questões de Método**. São Paulo: Nova Cultural. (Obra original publicada em 1960).

SCAFF, F. F. Reserva do Possível pressupõe Escolhas Trágicas. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>> Acesso em: 06 jun. 2013.

Secretaria da Fazenda da Bahia. p. 504. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/contas/balanco\\_anual/balancogeral\\_2013.pdf](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/contas/balanco_anual/balancogeral_2013.pdf)> Acesso em 11/01/2015.

Sentença do processo nº 0001778-95.2014.4.03.6110 – 3º Vara Justiça Federal Sorocaba/SP.

Sentença processo nº 0340974-37.2013.8.05.0001

SILVA NETO, M. J. **Teoria Jurídica do Assédio**. São Paulo: LTR Editora, 2012.

SOARES, G. M. Administração Pública Dialógica Na Constituição De 1988: A Construção do Interesse Público com a Participação da Sociedade Civil. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07\\_823.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_823.pdf)> Acesso em: 02 dez. 2014.

SOARES, R. M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

SOUSA, A. F. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STRECK, L. L. **Hermenêutica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TJBA processo nº 0318352-61.2013.8.05.0001

TRINDADE, J. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 17 nov. 2014

VELJANOVSKI, C. **A Economia do Direito e da Lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VIEGAS, C. M. A. R. As Funções da Administração Públicas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18614/as-funcoes-da-administracao-publica#ixzz3KCsSCbC6>> Acesso em: 25/11/2014.

VILANI, M. C. S. Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. **Caderno de Ciências Sociais**, Belo Horizonte, 2002.

WOLKMER, A. C. Direitos Humanos. Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Revista Direito em Debate**. Ano X, nº16/17, jan/jun 2002.

WOLKMER, A. C. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZANETI JR, H. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, A.P.; WATANEBE, K (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33-72.

ZOCKUN, C. Z. Princípio da Moralidade – algumas considerações. In: PIRES et al. (Coord.) **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.