

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

FLÁVIO VINÍCIUS HESKETH OLIVEIRA SILVA

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE ESTABELECEM
OBRIGAÇÕES AO PODER EXECUTIVO NO BRASIL: EXAME DE DECISÕES
EXARADAS EM AUTOS MARANHENSES.**

São Luís

2023

FLÁVIO VINÍCIUS HESKETH OLIVEIRA SILVA

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE ESTABELECEM
OBRIGAÇÕES AO PODER EXECUTIVO NO BRASIL: EXAME DE DECISÕES
EXARADAS EM AUTOS MARANHENSES.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro Universitário Unidade de
Ensino Superior Dom Bosco como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^a. MARI-SILVA MAIA DA
SILVA

São Luís

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Silva, Flávio Vinicius Hesketh Oliveira

A legitimidade das decisões judiciais que estabelecem obrigações ao poder executivo no brasil: exame de decisões exaradas em autos maranhenses. / Flávio Vinicius Hesketh Oliveira Silva. __ São Luís, 2023.

92 f.

Orientador: Profa. Mari-Silva Maia Da Silva.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2023.

1. Administração. 2. Executivo. 3. Judicialização. 4. Neoconstitucionalismo. I. Título.

CDU 342.56

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE ESTABELECEM
OBRIGAÇÕES AO PODER EXECUTIVO NO BRASIL: EXAME DE DECISÕES
EXARADAS EM AUTOS MARANHENSES.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro Universitário Unidade de
Ensino Superior Dom Bosco como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito
Orientadora: Prof^a. MARI-SILVA MAIA DA
SILVA

Aprovada em: 26/06/2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a. Ma. Mari-Silva Maia da Silva

Prof. Adv. Esp. Clauzer Mendes Castro Pinheiro

Prof.^a. Ma. Manuela Ithamar Lima

Dedico aos meus pais, avós e
todos meus educadores.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto não apenas do esforço pessoal deste aluno, mas sim fruto da contribuição valiosa de várias pessoas às quais gostaria de expressar sincera gratidão. Em primeiro lugar, a meu pai e minha mãe, que merecem agradecimentos pelo suporte e pela crença contínua em minhas habilidades e potencial. A dedicação e a assistência deles têm sido uma constante em minha vida, fornecendo a base necessária para este e todos os meus feitos.

Também devo esse reconhecimento aos meus avós, tanto paternos quanto maternos. A presença e orientação deles foram constantes em minha vida desde sempre. Além disso, todo o processo acadêmico só foi possível com os professores, que orientaram minha jornada, a quem também devo respeito e agradecimento. Além disso, preciso também expressar minha gratidão à minha namorada, que também contribuiu diretamente na realização da monografia e trajetória.

Assim, esta monografia representa não apenas o resultado do meu esforço individual, mas também a síntese das contribuições dessas pessoas importantes. É com gratidão sincera que reconheço a assistência de todos os que me cercam e me enchem de felicidade.

pele princípio da separação de poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida. (MEDAUAR, 2018, p. 382).

RESUMO

A presente monografia centra-se no fenômeno da Judicialização, em especial no contexto do poder executivo brasileiro. Assim, examina a crescente transferência de poder decisório para o Poder Judiciário, que vem gerado debates sobre a discricionariedade conferida aos administradores públicos e parlamentares, uma consequência direta da representatividade popular e a falta de representatividade aos magistrados. A pesquisa foca na judicialização dos atos do poder executivo, intentando verificar a legitimidade do Judiciário para intervir em questões significativas e substanciais políticas, sociais e morais, bem como nas atividades e atos da administração pública. A questão a ser respondida é, como deve o judiciário decidir democraticamente em contendas da espécie? Objetivou-se descobrir o pressuposto de validade que legitime a imposição de atos ao Executivo em detrimento de sua discricionariedade. O estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica e judicial, explorando normas, doutrinas e decisões judiciais. Para tanto, foi estudado o caso específico do processo N° 0801825-64.2023.8.10.0040, uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, em face do município de Imperatriz, que resultou na deliberação de obrigações à administração. Em conclusão, o estudo constatou importância do respeito à discricionariedade inerente às atividades do Poder Executivo. Ainda assim, demonstrou a necessidade de garantir a efetivação dos direitos, evidenciando o papel do Poder Judiciário no controle e garantia do efetivo cumprimento da Constituição. O estudo concluiu que é fundamental equilibrar o controle judicial e a discricionariedade administrativa para preservar os princípios democráticos e os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Administração, Executivo, Judicialização, Neoconstitucionalismo, Discricionariedade.

ABSTRACT

This monograph focuses on the phenomenon of Judicialization, especially in the context of the Brazilian executive power. Thus, it examines the growing transfer of decision-making power to the Judiciary, which has generated debates about the discretion conferred on public administrators and parliamentarians, a direct consequence of popular representation and the lack of representativeness of judges. The research focuses on the judicialization of the acts of the executive branch, trying to verify the legitimacy of the Judiciary to intervene in significant and substantial political, social and moral issues, as well as in the activities and acts of public administration. The objective was to discover the assumption of validity that legitimizes the imposition of acts on the Executive at the expense of its discretion. The study was based on bibliographic and judicial research, exploring norms, doctrines and judicial decisions. To this end, the specific case of case Nº. 0801825-64.2023.8.10.0040, a Public Civil Action filed by the Public Ministry of the State of Maranhão, against the municipality of Imperatriz, which resulted in the resolution of obligations to the administration, was studied. In conclusion, the study found the importance of respecting the discretion inherent in the activities of the Executive Branch. Even so, it demonstrated the need to guarantee the realization of rights, highlighting the role of the Judiciary in controlling and guaranteeing effective compliance with the Constitution. The study concluded that it is essential to balance judicial control and administrative discretion to preserve democratic principles and fundamental rights.

Keywords: Administration, Executive, Judicialization, Neoconstitutionalism, Discretionary Power.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
Ilma	Ilustríssima
MA	Maranhão
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
UNDB	Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CAPÍTULO 1: A MOVIMENTAÇÃO DE PROPENDÊNCIA DE PODER RUMO AO JUDICIÁRIO	8
2.1 A Disposição do poder estatal nos Estados de Direito	18
2.2 Novo Constitucionalismo	22
2.3 A Questão democrática da judicialização	27
3 CAPÍTULO 2: ASPECTOS ACERCA DO PODER EXECUTIVO E SEUS ATOS .	36
3.1 Aspectos sobre a função do executivo no Brasil	37
3.2 Ações do Executivo	45
3.3 A representatividade democrática da atividade do Executivo	51
4. CAPÍTULO 3: CONTROLE AO EXECUTIVO	57
4.1 Aspectos gerais acerca do controle da administração pública municipal ...	57
4.2 Como o judiciário deve agir em disputas que exigem anulação ou imposição de ações à Administração pública	66
5. CAPÍTULO 4: ANÁLISE DAS DECISÕES	80
5.1 Da decisão do juízo de 1ª grau	81
5.2 Decisão em sede de agravo	84
5.3 Decisão do STJ	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS	90

1. INTRODUÇÃO

O direito constitucional norte-americano, como traz Streck (2013), estruturou-se desde seu surgimento à vista dos preceitos da normatividade, centralidade e supremacia constitucional. Paralelamente, no cenário do constitucionalismo europeu, apenas após a segunda metade do século XX houve o início da ascensão do ideal de constituição com pleno caráter vinculante normativo.

Transição que se opera mediante a difusão do chamado “neoconstitucionalismo”, o modelo do estado constitucional de direito passou a inspirar diversas pátrias, tal qual o Brasil. Assim sendo, floresceram reflexões que resultaram na Constituição Federal de 1988, que passou a vigor com poder normativo máximo no ordenamento nacional, exercendo papel medular ao nortear, comandar e limitar leis e atos, além de impor deveres e direitos, como bem leciona Luís Roberto Barroso (2012).

A promulgação da carta magna de 1988 implicou em um extenso rol de princípios, garantias e direitos fundamentais listados em seu texto. Além disso, em vista a promover a execução dessas garantias, também contém mecanismos no fim de resguarda-los, caracterizando o controle de constitucionalidades, os quais tem como parâmetros os primeiros (BARROSO, 2009).

Portanto o ordenamento nacional segue na tendência da constitucionalização do direito e das relações sociais, na forma de um Estado Constitucional de Direito. Barroso leciona que a constitucionalização se trata de uma movimentação expansiva mediante a qual o conteúdo da carta passa a submeter todo o ordenamento. À vista disso, esses preceitos convertem-se em condições de validade para as espécies inferiores, desse modo implicando em influência direta no desempenho dos Poderes da República (BARROSO, 2006).

Portanto o ordenamento nacional segue na movimentação da constitucionalização do direito e das relações sociais, passando a adotar forma de um Estado Constitucional de Direito. Nessa espécie de Estado, há necessidade de aferição e atuação prestadas a propósito da efetivação e eficiência dos dizeres constitucionais. Em razão disso existe a figura da jurisdição constitucional. O qual é mecanismo de controle que proporciona ao Poder Judiciário, na competência do exercício da função jurisdicional estatal, a capacidade de promover a efetividade da Constituição mediante as relações públicas e privadas (BARROSO, 2009).

Por outro lado, a amplitude dos princípios firmados e a extensão das matérias versadas contribuíram para outro fenômeno desenvolver-se no ordenamento nacional. Luís Roberto Barroso elucida que o fenômeno da Judicialização importa que questões significativas e substanciais políticas, sociais e moral estão sendo decididas derradeiramente por magistrados (BARROSO, 2012). Essa conjuntura possui ainda outro importante incremento no Brasil, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, cuja previsão jaz no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Dessa feita, é delegado ao judiciário o poder de deliberação em todo caso concreto a qual for evocado e, mediante a ampliação da oportunidade de acesso à jurisdição, passa a incidir nos mais diversos campos, que antes lhe eram alheios. Em paralelo, dada a constitucionalização, inúmeras questões materiais passaram a ser passíveis de resolução através da esfera jurisdição constitucional, expandindo a possibilidade de atuação do Poder judiciário até temas que antes lhe eram alheios, dada amplitude dos princípios constitucionais que passaram a vincular toda a sociedade.

Sem embargo, o fenômeno da Judicialização incide inclusive quanto às atividades e atos da administração pública, no âmbito do Poder Executivo, tendo em vista sua submissão ao texto constitucional tal qual os demais. Como bem leciona Luís Roberto Barroso no Brasil o fenômeno avultou-se em virtude da constitucionalização do direito e matérias sociais e políticas e da ampliação do acesso à justiça. A movimentação de constitucionalização retirou pautas do debate social, político, moral e ideológico, instituindo-as na esfera das espécies de objetivos ajuizáveis (BARROSO, 2012).

A resposta do Poder Judiciário às demandas, mostrou-se mais rápida e por vezes mais efetiva que os demais métodos. Essa verificação de eficiência leva os tutelados a buscarem com mais assiduidade ao poder judiciário para obter resultados (Barroso, 2012). No entanto, a deliberação pelo Poder Judiciário de questões cuja competência é de órgãos diversos - seja legislar, instituir e executar políticas públicas, atos, contratos e processos administrativos entre outros, importa na transferência de poder decisório dos detentores originários da função (ALBUQUERQUE E BAZZANELLA, 2020).

Tal transferência importa em crescente impacto das decisões judiciais na organização da sociedade, em áreas estranhas à sua competência e perícia. Entre quais podem ser citadas a incorrência do chamado “ativismo judicial” em decisões que

geram inovações legislativas através de interpretação, bem como áreas de competência do poder executivo, onde atua em exercício da prerrogativa da discricionariedade administrativa.

Um caso concreto, a título exemplificativo, de controle do judiciário em face a ato de competência exclusiva de outro poder que obteve os holofotes da mídia nacional nos últimos anos, foi a determinação de medida liminar nos autos do Mandado de Segurança 37097/DF, pelo ministro do STF Alexandre de Moraes, ordenando a suspensão da nomeação, feita pelo então presidente, Jair Bolsonaro, a Alexandre Ramagem Rodrigues ao cargo de diretor geral da Polícia Federal.

No caso, houve uma decisão proferida após ingresso em juízo pelo partido PDT, no sentido de impossibilitar a nomeação do diretor da PF, ou seja, determinar judicialmente ato competente ao presidente da república. O ato alvo de litígio compreende-se no conceito de ato político, no qual há faculdade do Presidente do executivo, para realizar a escolha do diretor como julgue conveniente e oportuno.

Outro exemplo de controle símil foi a liminar concedida pelo ministro do STF Gilmar Mendes, através do MS 34070 MC/DF, que suspendeu nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o Ministério da Casa Civil no governo da então presidente Dilma Rousseff. Aqui, de modo análogo ao caso anterior, houve interferência a um ato, uma a nomeação essencialmente política, ao cargo de ministro de estado, cuja decisão é exclusiva do Presidente da República, prevista no texto constitucional.

Sobre a conjuntura da Judicialização dos atos do poder executivo no Brasil, Albuquerque e Bazzanella (2020) ponderam que está havendo deslocamento do poder político do Executivo e Legislativo rumo ao Judiciário. Acerca da transferência de poder protagonizada pelo judiciário, houve crescimento exponencial do debate acerca de decisões que minguaram e até furtaram a discricionariedade administrativa principalmente em virtude da pandemia de Covid-19, iniciada em 2020.

Decisões judiciais dispuseram acerca de atos de competência exclusiva do poder executivo foram amplamente noticiadas, permeado o debate jurídico e dos cidadãos comuns. Destacam-se as que determinaram a aplicação do famigerado “LOCKDOWN” como medida de isolamento em diversos municípios da federação em razão da pandemia do COVID-19.

Determinações judiciais deste tipo caracterizam uma irrupção volumosa do poder judiciário à atividade típica do poder executivo. Foram proferidas sob o contexto da pandemia, nisso buscaram-se justificar através de irrogar a prevenção ao colapso

do sistema de saúde, a proteção à saúde pública e direito à vida dos cidadãos. Ou seja, agiram sob a égide da finalidade de preservar direitos fundamentais positivados na Carta Magna, tendo em vista a vigência de estado de exceção.

Ainda assim, demonstra-se que essa tendência frente à administração pública não surgiu mediante o estado de exceção pandêmico, tanto provam as decisões citadas a título de exemplo. Paralelamente, após findado o período crítico da pandemia, já em 2022 e 2023, decisões da espécie das citadas seguem em número elevado. Deliberações jurisdicionais que se demonstram, em certa medida, frustrantes à autonomia administrativa do executivo.

Dessa feita, as democracias contemporâneas adotantes do modelo do Estado Constitucional de Direito têm verificado a incidência do fenômeno da Judicialização de suas relações públicas e privadas. Todavia, o debate empreendido no estudo será a averiguação das condições de validade de uma decisão proferida no âmbito de um caso de judicialização.

É fato que essa movimentação de transferência de poder decisório vem gerado debates. Em parte, pois a discricionariedade conferida aos administradores públicos e parlamentares é consequência direta da representatividade popular, um ideal democrático difundido até mesmo no senso comum. No que tange ao estudo, buscou-se compreender a legitimidade da atuação do controle jurisdicional da administração pública, no caso da Judicialização de atos do poder executivo municipal.

Os chefes dos executivos municipais, Prefeitos, são dotados de legitimidade legal e até mesmo democrática para prática de seus atos, ao passo em que contam como a prerrogativa política para exercer da discricionariedade intrínseca à atividade administrativa. Uma vez que, para o exercício da administração e efetivação de políticas públicas pelo poder executivo o administrador público precisa dispor de poder decisório com discricionariedade diante de situações nas quais pode vir a se encontrar. Ao mesmo passo em que foram içados aos cargos mediante sistema de representação principiado pelos Estados de Direito democráticos.

Por outro lado, não se pode questionar, como bem demonstram Streck e Rocha (2005), a validade do fenômeno judicialização, ao passo em que se demonstra como produto da realidade constitucional advinda da jurisdição constitucional, ao passo em que seu volume é inversamente proporcional à situação da efetivação dos direitos, ou seja, resultante de tentativas de realização. No mesmo sentido, Barroso

(2012), conceitua o fenômeno como consequente da conjectura de adoção de ideais do paradigma pós-positivista.

Por isso, buscou-se compreender, não a legitimidade da intrusão judicial nas lides, posto que no ordenamento nacional decorre do próprio texto constitucional. Mas intentou-se captar qual a condição, ou condições de validade de uma deliberação que trate acerca de obrigação de fazer ou não ao Poder Executivo. De modo a tentar compreender como deve ser prolatada e quais os fundamentos pertinentes a uma decisão nessa espécie de lide que não vá de encontro aos preceitos democráticos, uma vez que, como bem mostra Streck (2009) o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Assim, intentou-se responder, qual modo deve o aplicador interpretar e deliberar mediante contendas dessa espécie?

Assim, objetivou-se principalmente entender como é configurada a legitimidade e as condições de validade de uma decisão judicial que envolva imposições ao Poder Executivo, em detrimento de suas prerrogativas. Para tanto, secundariamente objetivou-se foi delinear o contexto da irrupção de Poder ao Judiciário nos Estados de direito, bem como expostos preceitos normativos e doutrinários acerca do controle do executivo no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Não obstante, buscou-se identificar postulados que demonstrem o cenário da decisão legítima nessa espécie de contenda. Todos esses fatores demonstram-se seguidores da movimentação do Direito e Estados Constitucionais no âmbito da promoção da efetividade dos direitos dos cidadãos.

Por fim, para se desempenhar efetiva compreensão, foi contrastado o levantado frente aos autos do processo N° 0801825-64.2023.8.10.0040, uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, em face do município de Imperatriz. Nessa lide, o parquet requereu a determinação de diversas obrigações de fazer ao Município, dentre os quais a aquisição de equipamentos e até mesmo o remanejamento de orçamento. A lide foi elegida por conta de sua atualidade, bem como por contar com três decisões, juízo de 1º grau, Tribunal de Justiça em sede de agravo e da Presidência do STJ.

Em tais deliberações, foi alvo a discricionariedade administrativa gestor público para dispor sobre o orçamento e políticas do município em detrimento das justificativas e argumentos de direito e fatos apresentados ao caso. Controles que, foram seguidos de questionamentos acerca da validade da tomada de decisão, ativa

ou omissiva do Executivo Municipal, bem como da legitimidade jurisdicional em ordenar a feitura de atos discricionários e de governo.

Uniu-se a determinações que despertaram debates em todo o Estado do Maranhão, acerca do controle jurisdicional sobre o executivo e do embargo à discricionariedade inerente às suas atividades. Alvos de intensos debates veiculados na mídia e redes sociais por juristas e leigos. Visto que, basearam-se nos argumentos de que, sejam vistas as condições da administração dos municípios e ou existência de políticas mais interessantes, cabe a intervenção judicial no fim de obrigar a Administração a realizar atos específicos. Assim, o debate social e jurídico volta os olhos para a temática no período recente, justificando a pesquisa.

Assim sendo, o debate social desenvolve-se questionando o cabimento do controle empregado, tendo em vista que, em tese, o magistrado careceria de legitimidade para decidir a invalidade no interesse evidenciado pela tomada de decisão do administrador. Questionamento que surge em virtude de os chefes do Poder Executivo, no Brasil, deterem suas prerrogativas através do exercício do mandato democrático, concretizado na figura do voto universal. Ao passo em que, o judiciário é um órgão desprovido de representatividade democrática representativa eletiva, no modelo de Estado Democrático e Estado Constitucional de Direito.

Em contraponto, o estudo sugere que a prerrogativa do controle é legítima e proba. Intenta , portanto descobrir como deve ser desempenhado para que conte com validade e regularidade. Assim, propõe-se a responder pergunta sobre como deve um magistrado responder a essas demandas sociais de direitos.

2. CAPÍTULO 1: A MOVIMENTAÇÃO DE PROPENDÊNCIA DE PODER RUMO AO JUDICIÁRIO

O direito e a norma jurídica, sem entrar em discussões filosófico-doutrinárias acerca de seus conceitos, como conhecemos parece ter percorrido, caminhando desde o proêmio de sua autonomia, uma trilha marcada pelo redescobrimto de seus fins, métodos e fontes. Nesse interim, atuou no escopo de descentralização e imposição de obrigações positivas e negativas ao Estado e aos tutelados.

Na concepção da divisão do exercício do poder e funções nos Estados de Direito, foi instituído o Poder Judiciário. Em detrimento das transformações históricas, filosóficas e o advento de Estados Democráticos, os cidadãos individuais e a coletividade passaram a ser titulares de direitos e garantias sociais e políticas.

Desde o surgimento dos Estados de Direito, e conseqüente instauração da separação das funções, pode ser contemplado outra tendência gradual, mas persistente, de movimentação de poder em direção ao Judiciário. Ao passo em que este tornou-se passível de provocação e capaz de deliberar ante inúmeras demandas multimodais. Essa dinâmica, conhecida por alguns como judicialização, pode ter raízes na vicissitude social e constitucional de muitos Estados de Direito Democráticos, bem como aos direitos e garantias instituídos nesses processos.

2.1. A Disposição do poder estatal nos Estados de Direito.

Em face da amplitude do poder portado pelo ente Estatal, diversos foram os filósofos e doutrinadores que postularam estudos votados ao controle e limitação do poder e prerrogativas inerentes ao estado, exercidas através de seus agentes. A limitação do poder estatal é um preceito difundido nas democracias constitucionais contemporâneas. Nos Estados referidos, o exercício do poder típico da atividade Estatal é fracionado em órgãos autônomos e com atribuições distintas. Há certa unanimidade nas Democracias de Direito acerca da adoção da descentralização do poder e prerrogativas estatais, mais especificamente, acerca da partição das funções.

Esse princípio é avito. Seu esboço aparenta remontar à época da antiguidade grega, cujo estudo foi proposto por Aristóteles em sua obra. O filósofo teorizou uma tripartição de funções competentes ao Estado, das quais a determinação

das normas, sua aplicação e o julgamento das situações de conflito advindas (LENZA, 2022).

Na concepção da tripartição de Aristóteles verifica-se a clara identificação da separação das diferentes funções estatais: Legislativa, administrativa e jurisdicional (LENZA, 2022). O filósofo pautou seu ideal de partição a partir das funções a serem desempenhadas pelos agentes.

Paralelamente, há autores que sugerem um delineamento semelhante à tripartição das funções do soberano até mesmo em texto bíblico, demonstrando o desenvolvimento e influência do ideal até mesmo no âmbito das religiões abraâmicas:

No século VII a.C., no livro homônimo do judeu Yeshayahu ben Amotz Ha'Navi⁷ (Isaías, capítulo 33, versículo 22 in ALMEIDA, 2016, p. 755) vislumbra-se o conhecimento da distinção entre cada função estatal, quando afirmou que “o SENHOR é o nosso juiz; o SENHOR é o nosso legislador; o SENHOR é o nosso rei...” (NERY JÚNIOR, 2020, p.3)

Em que pese a vetustez da ideia, a tripartição dos poderes insta promover a separação das funções típicas do estado, através da atribuição de cada função a órgão distinto e especializado para seu exercício. Na concepção contemporânea, são as funções Administrativa/executiva, jurisdicional e legislativa, distribuídas entre os chamados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em que pese, a divisão prática e a autonomia nos exercícios dessas funções, as sociedades ocidentais vêm protagonizando fatos que demonstram a existência de um movimento de transferência orgânica de poder rumo ao Poder Judiciário.

A ascensão do preceito da tripartição dos poderes, em teorias filosóficas modernas, se deu a partir de diversos autores. No âmbito inglês, pode-se citar o século XVII e os postulados do filósofo John Locke. Sobre o ponto de vista de Locke, Ângela Pelicioli (2006) pondera que em contraponto à teoria clássica teoria da tripartição, Locke sugere que há três atribuições que se convertem em dois, de modo que o legislativo se torna o soberano, dita as normas.

Anteriormente à instituição do ideal às normas positivadas, como ministra Hely Lopes Meireles (2015), as funções e prerrogativas do Estado concentravam-se, haja vista a conjuntura da forma de estado absolutista. Após a ascensão de novos paradigmas, passa a função legislativa a ser delegada ao Parlamento, nasce o órgão Poder legislativo, no que tange ao cenário inglês, municiado pelos postulados de Locke.

Mediante, a Inglaterra passou a adotar o método de disposição de poder onde o parlamento passou a contar com a prerrogativa de legislar. Nesse interim, todos passaram a estar sujeitos às normas instituídas, até mesmo o próprio Estado e Poder Executivo (MEIRELES, 2015).

Nisso percebe-se, na Europa - antes absolutista - um início de clara movimentação de descentralização das prerrogativas e responsabilidades antes acumuladas pelo soberano. Em contraponto à problemática, calcetaram-se os estudos e esforços acerca da tripartição dos poderes, a prol da instituição do estado liberal patrocinado pelos ideais burgueses. Esse movimento incorreu na limitação de poder, instituída em favor dos direitos e liberdades dos indivíduos, frente a ocorrência de arbítrios verificada na circunstância da concentração de prerrogativas.

Após o filósofo John Locke dispor acerca da especialização das funções estatais no cenário inglês, foi a vez da escalada da concepção através da obra de Montesquieu, no século XVIII (PELICIOLI, 2006). Por esta razão o autor é o mais celebrado como artífice da teoria da separação das funções do estado incorporada às constituições e ordenamentos das democracias contemporâneas.

Lenza (2022), leciona que Montesquieu refinou a teoria da tripartição lançada por Aristóteles, ao demonstrar o método de exercício de cada função. Anteriormente as teorias deram por identificadas as funções, todavia a filosofia de Montesquieu possibilitou a disposição de modo devidamente vinculado a um órgão específico estruturado, com funções definidas e limitadas.

Sobre a teoria do Barão de Montesquieu, em contraponto à de Locke, Paulo Bonavides (2004) pondera que o pensamento do Barão incorreu em promoção da distribuição efetiva do poder, através da especificação da atuação de cada função em órgãos competentes e autônomos, em contraponto à anterior divisão teórica, vide:

O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que se não confundem. (BONAVIDES, 2004, p.49)

Sendo assim, a separação incide nas prerrogativas e atividades típicas do agente estatal, portanto não do poder propriamente dito, mas sim em seu desempenho através dos agentes do Estado, como ministra Lenza:

De acordo com essa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo. (LENZA, 2022, p. 942)

A filosofia patrocinada por Montesquieu foi pautada em certo pessimismo, instrumento imprescindível para a elaboração de seu conceito de delimitação. Tal emoção foi motivada pela conjunção dos movimentos de reação radical ao absolutismo e seus abusos característicos no exercício do poder Estatal (BONAVIDES, 2004).

O âmago da concepção, tida como pessimista, consistia na projeção de que o poder corrompe seu detentor, havendo a predisposição de que cedo ou tarde haja abuso e arbitrariedade em seu exercício. Nesse interim, a descentralização do poder demonstrou-se efetiva em inibir arbítrios, antes comuns no escopo da concentração (BONAVIDES, 2004).

A positivação da teoria da tripartição ganhou espaço no fim do século XVIII. No ano de 1776, o preceito foi positivado na Declaração de direitos do bom povo da Virgínia e em 1787 na constituição nascente dos Estados Unidos da América (NERY JÚNIOR, 2020). A constituição americana se mostrou pioneira em implementar a tripartição do Poder, influenciada pelas teorias mencionadas.

Desse modo, o princípio foi incorporado através das constituições codificadas que surgiram na sociedade ocidental, cita-se também a inclusão na Constituição da Polônia de maio de 1791, a Constituição da França de setembro do mesmo ano e a Constituição portuguesa de 1822 (GILMAR MENDES et al, 2018).

A elevação do preceito passou a ser um empecilho a possíveis abusos no exercício do poder Estatal, posto seu fracionamento, surgindo como contraponto às prerrogativas dos Estados absolutistas centralizadores de prerrogativas e atribuições.

Ao passo em que, a expansão do direito de sufrágio nos estados ocidentais, possibilitou que a composição dos poderes passasse a representar interesses dos cidadãos, sobretudo no Legislativo e Executivo. Portanto, compreende-se que a descentralização de poder, restrição de prerrogativas e delineamento de funções esteve intrinsecamente ligada ao surgimento dos Estados de Direito e ao combate a tirania e arbítrios, ao passo em que criou terreno fértil à instituição de preceitos democráticos.

2.2. Novo Constitucionalismo

A origem dos estudos constitucionais remonta à constituição dos Estados Unidos da América, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como à constituição da França e dos Estados que passaram a surgir ulteriormente à luz dos ideais dos burgueses.

Nos Estados Unidos, a revolução americana gerou a Constituição dos Estados Unidos, adotada em 1787, estabeleceu um governo representativo e delineou um sistema de separação de poderes, criando uma forma de democracia republicana representativa (STRECK, 2013).

Na época, a especialização do exercício do poder foi o fator que promoveu a ascensão do modelo de estado burguês, através da promoção da efetivação dos direitos individuais dos cidadãos em detrimento da supressão do poder do Soberano, sendo fundamental na promoção dos direitos de liberdade.

O modelo de exercício tripartite do poder mostrou-se indissociável do conceito de constituição e estado liberal, opondo-se ao absolutismo, à concentração e ao abuso de poder. Assim, foi fator determinante para o surgimento das teorias do positivismo jurídico e do estado liberal (BONAVIDES, 2004).

Não obstante, os estudos constitucionais e o desenvolvimento histórico da sociedade contemporânea incorreram no surgimento de novas formas de estado, tais quais o estado social de direito - *welfare state* - e o Estado Democrático de direito (STRECK E MORAIS, 2014).

Mediante todos os movimentos filosóficos e políticos sucedidos pelas concepções ocidentais, a partir do período pós-guerras, o constitucionalismo, sobretudo na Europa passou a direcionar atenção à efetivação dos direitos transindividuais (STRECK E MORAIS, 2014).

A partir, passou-se observar o direito, compreendendo um novo fim a sua atuação, o de solucionar a condição existente de “igualdade política e desigualdade social” (BONAVIDES, 2004, P.185). Daí contemplam-se elementos do então Estado liberal e do Estado social em nova forma de Estado de Direito (BONAVIDES, 2004). A partir, pode-se aferir que, a instituição de direitos de igualdade e liberdade não foi suficiente para promover a efetividade e gozo dos direitos.

Sobre, Luís Roberto Barroso (2006) leciona que a operação de reconstitucionalização da Europa, após os eventos da segunda guerra mundial

estabeleceu o novo desempenho da figura das Constituições e do direito constitucional nas democracias contemporâneas.

A partir dessa movimentação instituíram-se aos Estados de direito os ideais de supremacia, vinculação e eficácia normativa das disposições constitucionais transformando-se em Estados Constitucionais de direito.

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição (BARROSO, 2012, p. 365).

Esse novo paradigma é nomeado por alguns autores como Barroso (2006) de “Neoconstitucionalismo”. Por outro lado, outros como Streck (2013) rechaçam o emprego do termo, aduzindo que ficaria mais bem colocado o termo “constitucionalismo garantista”. Nesse sentido, intentou modificar o papel do direito na sociedade.

Entretanto, para o presente estudo, desacordos doutrinários acerca da correção do termo não são importantes. Em razão disso, este será empregado tal qual vem sendo utilizado para descrever a corrente do constitucionalismo afluída na mudança de cenário por parte da doutrina, conceituando-o como um:

modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então (STRECK, 2013, p. 12).

Como expõe Streck (2009), o fenômeno é caracterizado por inquietação no que diz respeito às questões morais. Em sua tese o autor, demonstra que o movimento sustenta o ideal de que é o dever do direito e do jurista combater as injustiças sociais. Nesse sentido, é perceptível que há movimentação de aproximação do direito, moral e política, que antes foi rechaçada por teóricos, o que resultou em uma nova compreensão acerca do fim do direito e da norma jurídica.

Desse modo, percebe-se com clareza que a movimentação sofrida foi de encontro ao preconizado pelas doutrinas positivistas, amplamente divulgadas na sociedade ocidental. Essa corrente caracterizava-se, entre outros, pela primazia do método científico e objetividade, resultando em uma unificação nos conceitos de direito e norma escrita e separação da norma e da moral (BARROSO, 2009).

A derrocada do pensamento positivista está associada à queda dos regimes fascista e nazista na Europa pós-guerras. Tais ditaduras obtiveram sua ascensão e praticaram as mais diversas atrocidades absurdas mediante o quadro de legalidade positiva vigente, executando verdadeiro retrocesso resguardado pelo direito positivo institucional. Estes nos quais foram cometidas atrocidades mediante o pleno exercício da legalidade estrita (STRECK, 2009). Os julgados por tais atrocidades, em Nuremberg, alegaram estrito cumprimento as normas jurídicas impostas na época. Positivadas pelas autoridades capazes e competentes para tanto, irrogaram que agiram dentro das normas jurídicas válidas (BARROSO, 2009).

Essa questão ainda é delicada em certas democracias contemporâneas, nas quais observam-se escaladas de movimentos extremistas na política. Esses movimentos podem resultar em divisão social e desestabilização do sistema e instituições democráticas.

Surge, portanto, o novo cenário frente ao positivismo-jurídico e suas consequências, passando a contêm previsões de direitos e garantias de caráter aberto e de interpretação extensiva. Para além, o direito supera o paradigma meramente instrumental, em detrimento do pensamento anterior positivista, acerca da literal aplicação das normas inscritas e circunscrição do direito à norma positiva (STRECK, 2009).

Mediante isso, os ideais positivistas perderam espaço perante os pensadores (BARROSO, 2009). A transformação foi constitucional, se desenvolvendo no cenário filosófico do pós-positivismo jurídico, o qual conta como paradigma a instituição de normatividade à Constituição e novo método de compreensão do direito (BARROSO, 2006).

Sob esse cenário teórico, o direito deixa de ser mero método de regulação das relações e instrumento de liberdade, assume a responsabilidade de efetivar transformação nas relações sociais e promover valores éticos e morais. Passa a existir a figura dos princípios, valores, que passam a ser dotados de poder vinculante, passando a incidir nas relações públicas e privadas, processo legislativo e execução das leis.

Na concepção de Streck (2013), os desafios tomados espontaneamente pelo movimento do “neoconstitucionalismo” nos Estados Democráticos foram: buscar impedir que o direito seja indiferente às injustiças; e tentar garantir que a sociedade, cujas ideologias emergentes preconizavam o direito como o método de alcance à vida

ideal, não o mude ao ponto de ameaçar a base do próprio Estado Democrático que possibilita tais conjunturas:

Definitivamente, o novo constitucionalismo – seja qual for o seu (mais adequado) sentido – não trouxe a indiferença. Na verdade, houve uma pré-ocupação de ordem ético-filosófica: a de que o direito deve ocupar-se com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio “neoconstitucional” (lato sensu) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático? (STRECK, 2013, p.18)

Esse foi o contexto filosófico através do qual passou a se difundir amplamente nos Estados de direito, o preceito de que a Carta Constitucional passa a vigor com superioridade às demais espécies legislativas, sobre o qual Lenza (2022, p. 185), conceitua:

Supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.

Já no Brasil, uma transição dessa espécie, de fato, passou a ter espaço no final do século XX, no movimento de reconstitucionalização da Pátria, após os longos anos da ditadura militar (BARROSO, 2006). Esse fato decorre das novas compreensões sobre os objetivos do direito (STRECK E ROCHA, 2005).

Nesse contexto, relativo ao caso brasileiro, a elevação e infusão de eficácia normativa às disposições constitucionais bem como a movimentação filosófica de instituição de poder normativo vinculante às garantias e princípios, dos quais muitos foram inscritos na Constituição e Códigos Legais, predisuseram um movimento de constitucionalização de todas as relações de direito e sociais.

A doutrina pátria, por meio dos autores e juristas nacionais contemporâneos, também identifica no ordenamento pátrio as tendências, seguidas pelo direito moderno. Essa movimentação amplia-se a todos os âmbitos sociais, todavia, em que diga respeito ao estudo, a que parece mais relevante mostra-se a constitucionalização do direito administrativo nacional, as normas que ditam a atividade desempenhadas pelo Poder Público brasileiro. Alexandre Mazza (2019, p.

86) cita casos concretos, que aqui se explicitam a título exemplificativo, da movimentação constitucional do direito administrativo:

São exemplos de temas administrativos que foram constitucionalizados na CF/88: a) desapropriação (arts. 5º, XXIV, 182 e 184); c) processo administrativo (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII); d) organização administrativa (arts. 18 e s.); e) princípios da Administração Pública (art. 37); f) cargos, empregos e funções (art. 37, I); g) concurso público (art. 37, III e IV); h) entidades descentralizadas (art. 37, XIX); i) improbidade administrativa (art. 37, § 4º); j) responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º); k) servidores públicos (art. 39), entre outros.

Nesse sentido visto a atividade administrativa como inerente ao Estado, não poderia ser diferente, ao passo que a Constituição Federal dispõe acerca do Estado Nacional e seu funcionamento, bem como de seus princípios aplicáveis. Assim sendo, é aferível o fenômeno de constitucionalização do direito.

Por conseguinte, à instituição ditames com força vinculante normativa, passou a ser necessária a promoção desses preceitos vinculantes. A jurisdição surge como um método de promoção do cumprimento às disposições, tal qual ocorria e ocorre com as leis. Nesse sentido, segue a movimentação observada anteriormente, a limitação do poder – antes protagonizada pela divisão, agora pela submissão às normas constitucionais.

Inferese portanto que, tendo em vista a inclusão de disposições vinculantes à sociedade e ordenamento, que a instituição de métodos de controle de efetividade, muitos deles previstos nas próprias constituições, é necessária, em consequência da nova compreensão do objetivo do direito e das normas jurídicas, bem como em detrimento da necessidade de proteção ativa do modelo de Estado democrático e avanços sociais alcançados (STRECK, 2009).

A ideia de tripartição, advinda dos estudos de Montesquieu frisa a divisão concreta dos órgãos e funções desempenhadas, mas também, na mesma medida a cooperação, inter-relação e equilíbrio (BONAVIDES, 2004). De modo em que suas atividades possibilitem métodos de contenção ao exercício do poder pelos demais órgãos. Esses mecanismos são denominados sistemas de freios e contrapesos ou “checks and balances”, através dos quais pode um órgão, Poder, influir no funcionamento e nos atos de outro (TEMER, 2010). Para tanto, os parâmetros depreendem-se das normas e garantias constitucionais e legais.

Tal incumbência recaiu ao poder judiciário, em detrimento da separação de funções e prerrogativas resultante da implementação da teoria da tripartição nas

Democracias Constitucionais. É denominada de Jurisdição constitucional fruto das disposições, princípios e mecanismos inscritos nas Constituições (BARROSO, 2012).

Em suma, tornou-se obrigatório o exercício de fiscalização, no que concerne à verificação do cumprimento aos ditames e efetivação das garantias previstas na Carta Constituinte. As disposições incidem em todas as atividades, privadas e públicas, assim de modo vertical e horizontal perante a sociedade. Nesse panorama, também se desenvolve a ampliação o acesso à tutela do poder judiciário, como instrumento promotor da efetivação e gozo de direitos, além de desarranjar arbítrios.

Por tanto, a doutrina afirma que, em detrimento da constitucionalização advinda – e resultante vinculação dos preceitos à sociedade – bem como da ampliação do acesso à deliberação jurídica, se verifica uma expansão significativa das intervenções do Poder Judiciário em todos os âmbitos da vida (BARROSO, 2012).

Além disso, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, diferente do que ocorre em demais países, existe uma única jurisdição cuja atuação é inafastável quando provocado. Ou seja, nenhuma disputa sobre direitos pode ser negada a avaliação do Poder Judiciário, de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Por conseguinte, à conjuntura da constitucionalização do direito e sociedade somada à instituição de imperiosidade a essas disposições, é dedutível que também resulta em ampliação do escopo de atuação do judiciário, ator na jurisdição constitucional.

2.3. A Questão democrática da judicialização

Um conceito breve e simples de democracia pode ser descrito como um regime no qual o poder é “exercido pelo povo”, através de sistemas de representatividade somados a aplicação de ideais de igualdade, dignidade e liberdade. Os representantes são incumbidos de poder, na finalidade de promover a vontade dos tutelados, na proposta de minimizar opressões (ALBUQUERQUE E BAZZANELLA, 2020).

Paulo Bonavides (2004) em sua obra *Do Estado liberal ao Estado Social*, suscita que a separação de poderes é o esteio sagrado sob o qual emergiram os estados liberais. Sobre esse postulado, o autor ainda continua que através do seu

papel na resistência contra as arbitrariedades, contribuiu para o despertar de um ideal na sociedade ocidental, um desvelo pelos direitos e garantias individuais dos cidadãos, que resultou nas formas de Estado Constitucional contemporâneas:

O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz (p. 64).

Depreende-se que a limitação do exercício do poder estatal, no escopo da tripartição, conferiu ao parlamento o exercício da função legislativa, da qual as normas vincularam Executivo e Judiciário. Nesse interim, contribuiu para a alçada de regimes democráticos representativos, fornecendo esteio para o surgimento da forma de Estados Constitucionais de Direito, ou seja, os Estados de Direito adotantes dos preceitos do novo constitucionalismo.

A forma do Estado Constitucional de Direito possibilitou a delegação de poder ao constituinte, como prolator das normas e princípios fundamentais do Estado e relações sociais, inscritos nas Cartas Constituintes. Bem como, as instituiu com caráter vinculante a todo o ordenamento, setor público e sociedade civil, incorrendo em mais um movimento de regulação restritiva no exercício das prerrogativas do Estado, e mudança no paradigma no que diz respeito aos fins e fontes do Direito (STRECK E MORAIS, 2014).

Isso pois passam a submeter-se às filosofias do constitucionalismo pós-guerra, que patrocina a derrocada dos métodos positivistas, que defendem que apenas as normas jurídicas inscritas decorrentes de processo Estatal institucionalizado competente para sua criação constituíam o direito, ao passo em que moral e política seriam extrajurídicos (STRECK, 2009).

Nesse sentido, o exercício dos direitos Políticos, intrínsecos ao Estado democrático mostra-se ligado ao constitucionalismo, ao passo em que, contam com a constituição para calçar e submeter os órgãos ao novo método interpretação, atuação e finalidade da norma, que assume caráter ativo de promotor de direitos e transformador social:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e

compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. (STRECK E MORAIS, 2014, p. 105).

Como bem leciona Streck (2013), essa forma de Estado, enfrenta um desafio: impedir que sua natureza acabe por minar sua própria existência. Ou seja, garantir que o exercício dos direitos conferidos e as instituições não venham a gerar retrocesso social à vista dos exemplos dos regimes fascista e nazista. Nesses regimes, a perspectiva positivista da norma levou a retrocessos sociais munidos pelas normas, dissociadas de moral, juntamente à falta de autonomia do direito frente às mudanças políticas das maiorias (STRECK, 2006).

Além da imposição às disposições constitucionais, princípios e fim social – como é o caso em se tratando do ordenamento jurídico nacional contemporâneo - os órgãos estatais constituídos ainda contam com mecanismos de controle de sua atuação para a promoção dos preceitos instituídos pelo poder constituinte. Tal qual pode ser mirada, a Jurisdição constitucional.

Como foi mencionado, em razão da ampliação dos direitos e das obrigações do Estado, na forma da Constituição, observa-se a expansão da atuação do poder Judiciário nos mais diversos campos. É a judicialização. Sobre, Streck dispõe que na verdade, o calibre da imissão do judiciário mostra-se relacionado ao quadro de cumprimento dos direitos fixados:

Parece evidente que, como consequência disto, o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, o nível das demandas inexoravelmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição (STRECK E ROCHA, 2005, p. 165).

Por isso, é constatado um aumento no número de lides verificadas, bem como de decisões judiciais nos campos social e político. Ao passo em que pode inferir-se que resultam do cenário do descumprimento de direitos ou de sua incompreensão. Todavia, para Streck e Rocha (2005, p. 165) essa movimentação não é, por si só, negativa. Na verdade, é apenas um reflexo da situação da inefetividade dos direitos, no que diz respeito à conduta estatal e da busca dos titulares por seu gozo:

O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do

direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.

Em se tratando do Brasil, a afirmação de que a judicialização decorre, em parte, dos processos de constitucionalização e da forma do estado instituídos pela constituição funda-se na doutrina e, como demonstrado por Luís Roberto Barroso (2009), decorre do controle de constitucionalidade, vontade instituída pelo constituinte.

Com isso, compreende-se que o processo de judicialização é orgânico, tendo em vista o ordenamento constitucional contemporâneo, não sendo criação do Poder Judiciário para angariar poder decisório, mas sim escolha do constituinte. No Brasil, a carta promulgada em 1988 sujeita a atividade pública a mecanismos de controle mediante suas dizes. Esses mecanismos permitem ao poder judiciário controlar atos típicos de outros poderes, Legislativo e Executivo (BARROSO, 2009).

Todavia, a proteção necessária à democracia não pode representar um empecilho ao seu exercício. Isso em razão de que, em vista à infinidade de contendas de direitos possíveis, em se tratando do cenário jurídico nacional, o judiciário passa a poder decidir desde itens cotidianos à verdadeira política, haja vista suscitado argumento de direito constitucional.

Essa movimentação incorreu em repercussão intensa nas atividades do Poder Executivo. Vez que, este é vinculado às normas e os temas essencialmente administrativos vêm sendo constitucionalizados desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (MAZZA, 2019).

O cenário da Judicialização geral, bem como o específico da Administração Pública, no Brasil pode ser observado como desdobramento dos mecanismos de controle e cautela, além da forma das instituições instituídas no escopo da teoria da separação dos poderes, do neoconstitucionalismo no cenário do pós-positivismo (BARROSO, 2012).

O crescimento da transferência do ônus decisório das políticas públicas ao judiciário, gera questionamentos acerca da intumescência do Poder Judiciário frente ao Executivo. Assim, como até mesmo frente ao Legislativo em se tratando de circunstâncias de ativismo judicial – conceituada por Barroso (2012) como: a atitude, deliberada de escolha de interpretação da lei, de modo ativo, no fim de ampliar seu sentido e incidência.

Pode desempenhá-lo inclusive frente às atividades e prerrogativas exclusivas da Administração Pública e do Parlamento, tais quais atos administrativos, atos normativos e deliberação de sentido através de interpretação ativista. Por isso, na sociedade, passou-se a questionar o decisionismo judicial.

Sendo assim, ao Judiciário calha valorar a conduta dos outros órgãos, frente aos preceitos legais e constitucionais, seja a legalidade de um ato, tal qual uma contratação pública ou a constitucionalidade de uma Lei. O pressuposto do neoconstitucionalismo gira em torno da aplicação das leis mediante a efetivação dos princípios e garantias.

Como dispõe Streck (2009), a atuação contemporânea do poder judiciário não pode incorrer em reprodução do preceituado por filosofias positivistas. O autor verifica situação de crise em que contempla a teoria do direito e hermenêutica nacional. Sustenta ter feito aferição de insistência de concepções positivistas. Verifica que, inclusive no âmbito nacional, há uma permanência do esquema sujeito-objeto, de modo que ainda não está devidamente consolidado o paradigma da intersubjetividade no processo compreensivo.

Essa insistência acaba por dividir os casos concretos como preconizaram pensadores do positivismo, como se existissem duas espécies de contendas possíveis, casos fáceis e casos difíceis, *easy cases*, *hard cases* (STRECK, 2009). Essa distinção é percebida por Dworkin (2002) na teoria positivista, mas especificamente na de seu mentor Hart. Consiste em que, os casos fáceis, aqueles para os quais a lei inscrita é aplicável com clareza, são resolvidos mediante a aplicação da norma em subsunção, não cabendo ao aplicador qualquer inferência, posta existência de norma inscrita aplicável (STRECK, 2009).

Já, em se tratando dos casos difíceis, Dworkin (2002) afirma que, na concepção do positivismo ministrada por Hart, o aplicador conta com o denominado poder discricionário. Essa prerrogativa seria dada em razão da não abrangência da norma positiva acerca da situação concreta, ou de sua dubiedade ou incoerência. Então, o julgador aplicaria razões extrajurídicas ao caso. Isso em razão de o positivismo não contemplar fatores como a moral dentro do esquema jurídico. Nesse interim, ao decidir, o aplicador acaba incorrendo em criação de norma antes inexistente:

Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem,

segundo tal teoria, o "poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão (Dworkin, 2002, p. 127).

Deve-se compreender tal pensamento, a existência da prerrogativa de discricionariedade ao aplicador em casos difíceis, dentro do paradigma do positivismo, no qual o direito compreendido como produto de legisladores, sendo a moral, política e economia fatores extrajurídicos. No fragmento acima, o autor dispõe exatamente que ao munir-se de fatores exteriores ao direito para decidir, um juiz incorreria em inovação legislativa a ser aplicada em caso concreto predecessor.

Streck (2009) também faz referência ao positivismo que sustenta ser lecionado por Hart e contestado por Dworkin (2002). Ele constata que no escopo dessa discricionariedade judicial compreendida, o juiz, para chegar à decisão, conta com a prerrogativa de escolha mediante os parâmetros extrajurídicos que avaliar.

Em face da vagueza e da ambiguidade das palavras da lei e da relevante circunstância de que direito é poder, no mais das vezes a discricionariedade descamba em arbitrariedade, soçobrando os limites ôntico-semânticos do texto minimamente "condensados" pela tradição (STRECK, 2009, p.328)

Nessa perspectiva, conceitua-se a discricionariedade judicial como "um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento" (STRECK, 2009, p. 329). O estudioso continua ao roborar que, apesar do presente paradigma jurídico do pós-positivismo, esse modelo de casos fáceis e difíceis, subsunção e discricionariedade ainda é aplicado atualmente no Brasil à *lâ positivismo*. Esse fator, pode representar um risco em se tratando de casos de judicialização da administração pública, onde um juiz pode atuar como administrador ao determinar a feitura de atos pelo executivo.

Nesse sentido, em razão da conjuntura de expansão da jurisdição e da demanda por intervenção judicial na política e para a efetivação de direitos dos cidadãos, o Poder Judiciário, apesar de não ser eleito, exerce um poder político significativo, quanto a ações dos outros Poderes.

Assim, se o positivismo está ligado à discricionariedade interpretativa (que conduz, inexoravelmente, à arbitrariedades de sentidos), possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao novo constitucionalismo e sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, parece razoável afirmar que essa arbitrariedade (e as múltiplas

respostas) não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a "solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação", pela singela razão de que a arbitrariedade (espécie de mundo de natureza hermenêutico) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico em suas diversas facetas, que, analiticamente, sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação (STRECK, 2009, p. 338).

No fragmento acima, o autor quer dizer que a perspectiva positivista é equivocada, ao tentar conter o direito em fenômeno institucional e positivado. Isso pois compreende o direito como enunciados de sentido pré-estabelecido, cuja validade depende da institucionalidade e codificação, deixando de avaliar o direito e os direitos como situação concreta material, como fruto de uma moral coletiva e dotado de historicidade e facticidade. Continua, demonstrando que tal perspectiva abre espaço à discricionariedade judicial. Além de que, meramente apostar em instituir mais enunciados normativos para abarcar o máximo de situações possíveis mantém a possibilidade para esse arbítrio. Em seu ver essa movimentação tenta instituir solução prévia dos casos possíveis, sem considerar as nuances concretas dos casos.

Por isso, mediante a contenda levantada por Streck (2006) é prudente apontar a problemática da legitimidade democrática das decisões dos juízes, que venham a ser exercidas no escopo da discricionariedade. Em paralelo, tendo em vista a elevação dos números de lides, os casos e áreas de atuação também em ampliação irão demandar decisões que fujam aos enunciados preditos.

Na perspectiva dos que questionam a judicialização da administração, importa sobretudo, que os casos de controle judicial dos agentes eleitos de Poderes Estatais são arbitrários. Isso seria verificável na medida em que, os atores estatais controlados, seja o Executivo ou Legislativo, direcionando a análise ao direito brasileiro, são constituídos mediante sistema de representatividade popular mediante o sufrágio obrigatório dos cidadãos.

Essa problemática mostra-se ainda mais pertinente, se for avaliado que, tendo em vista a judicialização da política e administração pública, os juízes passem deliberar em contraponto aos interesses da maioria democrática representada pelos detentores de mandato eletivo, ameaçando a democracia. Por fim, ainda por cima, existe o risco iminente de que o judiciário, ao se envolver mais profundamente em questões políticas, possa se tornar demasiadamente politizado (BARROSO, 2009).

Assim, questiona-se o método empregado pelo Judiciário para tomar decisões que ajam no detrimento de determinar conduta administrativa ou de governo

aos Administradores Públicos legitimamente eleitos pelo sistema representativo. Todavia, não se propõe, tal qual os críticos da judicialização, que a possibilidade de controle é ilegítima, vez que é positivada no ordenamento.

Tal conjuntura pode levar a um protagonismo judicial que incorra em uma irrupção aos valores democráticos. Considerando que, na permanência da concepção de direito como norma positiva e que a moral, no sentido da moral coletiva professante da proteção dos direitos dos indivíduos, o contexto histórico e político e a concretude fática são fatores externos à juridicidade, o jurista conta com a faculdade de valoração subjetiva acerca da deliberação que fará ao caso. No passo em que, por serem fatores externos, tais condições não impõem qualquer submissão ao aplicador, assim pode aplicá-las à revelia, mediante de sua subjetividade (STRECK, 2006).

Nesse passo, visto o crescimento do protagonismo judicial não deve ser permitido que este suplante a prerrogativa democrática de legislar ou governar dos poderes controlados, substituindo-a por sua subjetividade valorativa, que, não se engane, pode vir a ter resultado positivo e efetivo em demandas de direitos, tendo em vista deficiências no Legislativo ou Executivo (STRECK, 2006). Esse grau de resposta vem a gerar na sociedade o sentimento de resultado mais imediato que um processo político de decisão.

Todavia a ideia de discricionariedade judicial é contrastante à democracia: “Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia” (Streck, 2009, p.348). Nesse escopo, uma conjuntura que propicie a discricionariedade aposta na infusão de poder ao judiciário. Nesse passo, abre espaço para arbitrariedades:

Em face da vagueza e da ambiguidade das palavras da lei e da relevante circunstância de que direito é poder, no mais das vezes a discricionariedade descamba em arbitrariedade, soçobrando os limites ôntico-semânticos do texto minimamente "condensados" pela tradição (Streck, 2009, p.328)

Streck, (2009) dispõe que, apostando-se em um esquema iminente positivista do Direito, é fomentada a discricionariedade, além da aplicação através de método de subsunção, o qual ignora preceitos constitutivos da compreensão.

Portanto, será averiguado no desenrolar do estudo, a legitimidade constante nas decisões judiciais que deliberam acerca de obrigações de fazer ao poder executivo municipal, indo de encontro aos atos fruto de processo de tomada de

decisão de gestor público devidamente instituídos ao cargo através do sistema de representatividade democrática do Estado Brasileiro. Buscou-se orientação na doutrina para descobrir como deve decidir um magistrado quando provocado em contenda desse tipo, em detrimento da efetivação de direitos.

3. CAPÍTULO 2: ASPECTOS ACERCA DO PODER EXECUTIVO E SEUS ATOS

No modelo adotado no Brasil, o Poder Executivo, como órgão autônomo e detentor de suas funções, é fruto da incorporação do conceito da tripartição pelas constituições, tal qual a Constituição Federal de 1988. Nesse escopo, ao Poder Executivo foi delegado o exercício da função administrativa de modo típico. É no desempenho desta função que são produzidos os atos administrativos, bem como os procedimentos administrativos e de tomada de decisão que os precedem.

O Executivo é responsável pela execução das leis promulgadas pelo Legislativo, nesse passo realiza gestão da administração pública, na qual deve ser exercida a promoção de políticas públicas e prestação dos serviços garantidores de direitos à sociedade.

Além disso, demonstra Bandeira de Mello (2015) que é parte do papel do executivo a execução de atos políticos, ao verificar a sua inferência no processo legislativo, na edição de atos normativos, declarações de guerra, bem como em atos infralegais que devem roborar o escopo da norma. Assim é capaz de atuar politicamente porquanto postos os entendimentos ruminados pelas teorias constitucionais contemporâneas sobre o papel do direito e do Estado, bem como aos preceitos democráticos.

Assim, portanto, ao poder executivo compete executar a função administrativa, a qual corresponde à execução das políticas públicas, do orçamento público, e dos serviços públicos. Depreende-se que, em virtude da conjuntura do estado de direito, o Poder executivo detém suas prerrogativas pela determinação legal, no caso das Democracias Constitucionais, da Constituição.

Na Carta Magna brasileira, ápice da hierarquia no ordenamento, constam inscritos preceitos específicos intrínsecos ao desempenho da administração pública, positivados no Art. 37. Tais preceitos são aplicáveis a todos os órgãos que executem a função administrativa, mesmo que não façam parte do Executivo em si. Todavia, para efeito do estudo, considerar-se-á o exercício da função pelos gestores públicos do poder executivo, que é regrada pela Constituição e pelo Direito Administrativo.

No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública é sujeita aos controles intrínsecos à forma de Estado e às teorias doutrinárias de limitação do poder. Esses mecanismos têm como objetivo prevenir desvios de seus propósitos, assegurar a conformidade com os princípios e normas. Portanto, nas democracias, há diversos

instrumentos para garantir que a Administração Pública siga os caminhos estabelecidos, freios e contrapesos (BANDEIRA DE MELLO, 2015). No cenário brasileiro contemporâneo não é diferente.

Dentre os preceitos constitucionais, ao que é mais pertinente ao estudo, serão abordados os princípios da Legalidade e da Eficiência, tendo em vista que dizem respeito à vinculação - limitação no exercício do poder - das atividades desempenhadas às leis e aos resultados concretos alcançados pelas atividades desempenhadas. Em contraponto, será delineado conceito acerca da prerrogativa inerente à função administrativa a discricionariedade administrativa dos gestores, a qual é diretamente relacionada à democracia representativa que os instituiu de poder.

3.1. Aspectos sobre a função do executivo no Brasil

O poder executivo no Brasil, semelhante a outras democracias representativas, é responsável pela administração do Estado, implementação de leis, manutenção da ordem pública e condução de políticas públicas. Porém, a natureza de sua atuação administrativa é complexa e multifacetada, sujeita a uma série de particularidades. A administração pública do executivo brasileiro é caracterizada por uma complexa rede de órgãos e entidades, incluindo ministérios, secretarias, agências reguladoras, empresas públicas, autarquias, entre outras espécies jurídicas todos geridos pelo direito administrativo. Pode-se denominar a função administrativa, como:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. (BANDEIRA DE MELO, 2015, p.34).

Nesse sentido, dispõe Temer (2010, p.169): “Executar é administrar, é dar. Administrar, dar, conferir o preceituado na lei”. Assim sendo, compreende-se que sua função é administrar, mediante as determinações legais, o exercício da função administrativa.

Acerca da limitação do poder do Estado, inerente aos Estados de Direito, Oliveira (2021) dispõe que foi causa motriz ao surgimento do direito administrativo, a partir do qual podem ser verificadas três conquistas revolucionárias, as quais sejam,

a submissão do Estado à legalidade, a descentralização do poder e o reconhecimento de que os direitos do cidadão são oponíveis ao Estado.

A atividade executiva municipal, especialmente no que concerne à figura do prefeito, é uma manifestação tangível e influente do ideal de descentralização do poder somado ao ideal democrático da integração popular, compreendida como inerente ao neoconstitucionalismo (STRECK E MORAIS, 2014). Assim o executivo, encontra-se em posição privilegiada para a concretização de políticas públicas de interesse da comunidade, por sua proximidade com a população e das demandas locais.

O prefeito exerce a missão de liderar a gestão da máquina pública municipal, responsabilizando-se pela administração da máquina e dos recursos públicos na implementação de políticas de interesse local e de seus representados. Como foi disposto, mostra-se inerente aos estados de direito, a submissão dos entes do estado à legalidade. No Brasil, o preceito é inscrito na Constituição Federal de 1988, nesse passo é impositiva ao Executivo, visto que o ordenamento brasileiro, é submetido às disposições constitucionais e preceitos nela instituídos.

O princípio da legalidade consiste na submissão da administração em relação a todos os seus atos aos ditames do ordenamento. A tal juro, pode-se associar o conceito simplificado de que, estabelece ao ente público só poder atuar no modo no qual as normas determinam.

Este princípio, conforme explicado por Bandeira de Mello (2015), é a manifestação jurídica de uma intenção política específica de limitação de poder: submeter aqueles que exercem o poder - no caso, o poder administrativo - a um conjunto de normas, visando conter abusos em seu desempenho:

ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos (p.103).

Di Pietro (2020) dispõe que o referido princípio surge com o Estado de Direito. Também leciona que é um princípio indissociável ao Estado de Direito, ao afirmar que o princípio da legalidade é próprio e intrínseco ao Estado de Direito. É condição que o qualifica, lhe conferindo sua identidade própria (BANDEIRA DE MELLO, 2015). Nesse sentido, é concebido no âmbito das revoluções liberais, preconizadoras da limitação do poder estatal frente aos abusos protagonizados pelos

Estados absolutistas. Sobre o significado do conceito do princípio, Hely Lopes Meireles (2015), leciona de modo magnífico :

significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (P.93).

Assim, compreende-se que a legalidade, além de sujeitar o administrador à adequação com o ordenamento, também compulsa nas consequências cabíveis em detrimento de atitudes que a frustrem.

Com analogia útil, Di Pietro (2020) esclarece que em relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe, em paralelo ao Poder Público, o qual apenas pode desempenhar suas atitudes nos trilhos e procedimentos instituídos na norma.

Portanto, é perceptível a disparidade entre o tratamento legal para os entes públicos e privados, depreendida na finalidade de resguardar a atividade Estatal, coibindo desvios de desempenho. Compreende-se na medida em que foi delegada a função normativa ao Legislativo e a esta vincularam a atividade administrativa.

Então, cabe demonstrar a ligação da legalidade com a concepção garantia de direitos. Nesse escopo atua como uma das principais garantias de respeito aos direitos. Ao incorrer na limitação da atividade administrativa, que deve atuar em respeito e no fim de efetivar os direitos e garantias dos cidadãos. A lei fixa os parâmetros, em detrimento de benefício dos indivíduos e da coletividade.

Carlos Ayres Britto, em seu comentário ao artigo 37 da Constituição Federal, pondera acerca do princípio da legalidade que não basta aplicar a lei a revelia, mas sim deve-se aplicá-la por um modo impessoal, um modo moral, um modo público e um modo eficiente (AYRES BRITTO, *et al*, 2018) Com isso, compreende-se que tal preceito engloba os outros preceitos presentes no ordenamento para o pleno cumprimento.

No cenário do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, inclusive no Brasil, a legalidade assume o papel de constitucionalidade, ao passo em que seu exercício efetivo implica na promoção e obediências aos preceitos e garantias da Carta Magna.

Assim sendo, compreende-se que a administração, em todo seu escopo, está vinculada à legalidade, não estrita e formal tal qual concepções positivistas. Mas sim exercida além de desempenhar administração estrita, porquanto deve atuar

ativamente para efetivar a constituição e os valores do ordenamento bem como os direitos dos cidadãos. Além disso, promover a transformação social.

Tendo em vista essa incumbência, é pertinente destacar-se o conceito da eficiência, que foi englobado pela constituição nacional. Di Pietro expõe que este preceito figura dentre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37 através da Emenda Constitucional nº 19/98 (DI PIETRO, 2020). Acerca do conceito compreendido pela doutrina pátria, reproduz-se os ensinamentos de Hely Lopes Meireles:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELES, 2015, p.105).

Do fragmento é extraível que, não basta garantir que as ações administrativas sejam legais, posto que a mera legalidade é insuficiente para garantir a prestação adequada de serviços públicos e efetividade no gozo de garantias. Por isso, o princípio vai além do mero cumprimento das leis, espera-se que os serviços públicos tenham resultados concretos e atendam adequadamente às necessidades dos tutelados. Isso pode ser compreendido na dimensão do novo paradigma constitucional, que compulsa o direito e o Estado à promoção de transformação da realidade social.

A doutrina também compreende que o princípio da eficiência é fruto de estudos que buscam a economicidade somada à necessidade de desburocratização das atividades Estatais (OLIVEIRA, 2021). A desburocratização contribui os procedimentos mais céleres e ágeis, servindo de fator para a economicidade ao passo em que intenta o alcance do resultado efetivo na consumação dos direitos promovidos pelos serviços públicos, mediante menos onerosidade. Assim também compreende-se como instrumento que limita a atividade legítima do Executivo à atuação com efetividade nos resultados concretos.

Di Pietro desmembra dois aspectos do princípio da eficiência. Em primeiro lugar demonstra que atua “em relação ao modo de atuação do agente público” e “em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública” (DI PIETRO, 2020, p.250). Destarte demonstra-se uma diretriz aplicada no procedimento de desempenho da atividade administrativa, bem como em sua ordenação, na

finalística de otimização de êxito nos resultados. Neste sentido é o que leciona Meireles:

O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado. Por isso, do princípio da eficiência decorre o dever de eficiência (MEIRELES, 2015, p.105).

Paralelamente, do fragmento de Meireles, depreende-se que o preceito impõe à atuação da administração a execução das leis de maneira a potenciar resultados práticos, não apenas efeitos jurídicos, mas sim materiais, no fim de proporcionar aos cidadãos o gozo de suas garantias. O princípio implica que as decisões e métodos devem considerar a consequência, que deve ser um resultado concreto que beneficie os cidadãos. As ações do governo devem ser realizadas de forma a atingir os melhores resultados possíveis, há um dever de potencialização às atividades da administração.

Nesse sentido Rafael Carvalho Rezende de Oliveira destaca:

Ressalte-se, todavia, que a eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc (OLIVEIRA, 2021, p. 112).

Nesse interim, compreende-se que a eficiência não é meramente uma questão de otimizar prazos, custos e resultados, mas sim de promover que os serviços prestados pela administração pública atendam adequadamente às necessidades. Estas que devem ser compreendidas como a necessidades oriundas dos direitos e garantias preconizados pelo ordenamento.

Também pode ser compreendido através de razões adjacentes, as transformações dos estados constitucionais de direito. Nessa perspectiva, a eficiência na execução das atribuições do Poder público, conseqüentemente implica em usufruto eficaz dos direitos constitucionais.

O ordenamento nacional que institui o caráter vinculante do princípio da legalidade e eficiência à administração pública também prevê ocasiões nas quais o administrador contará com poder decisório, liberdade de escolha de suas operações. A esse respeito, José dos santos Carvalho Filho (2019) aponta que em diversos pontos, o próprio texto legal confere ao administrador a capacidade de empreender escolhas e fazer juízos de mérito no ato do exercício de suas funções, a discricionariedade administrativa.

Assim sendo, a discricionariedade administrativa é prerrogativa de escolha, concedida aos administradores, sobre como procederão em situações em que há a margem de liberdade prevista, guiado pelas circunstâncias de conveniência e oportunidade, no escopo do cumprimento do princípio da eficiência na efetivação do interesse público (CARVALHO FILHO, 2019).

Trata-se então de prerrogativa inerente ao exercício da administração pública na função executiva. A discricionariedade administrativa representa uma faculdade fundamental da administração pública. Confere aos gestores a faculdade de avaliar e decidir como atuar, dentro dos limites pré-estabelecidos pela lei. É uma ferramenta essencial para a realização de políticas públicas, permitindo ao Poder Executivo adaptar suas decisões às circunstâncias específicas de cada caso.

A discricionariedade administrativa delinea a substituição do automatismo burocrático, resultante da simples aplicação de normas preestabelecidas. Não se deve confundir, como bem leciona Streck, (2009), com a criticada discricionariedade judicial, tendo em vista a clara diferença:

há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por este mesmo motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se de acordo com a estrutura de legalidade vigente (STRECK, 2009, p. 329).

Essa prerrogativa é fundada na impossibilidade legislativa em dispor acerca de toda e qualquer situações possíveis nos casos concretos possíveis de serem verificadas durante o exercício da função administrativa. Nesse escopo a discricionariedade surge “para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar” (DI PIETRO, 2020, p. 491).

Nesse sentido, depreende da vastidão de situações concretas, de modo que é impensável que o legislador seja capaz de disciplinar todo e qualquer caso concreto passível de ação do administrador na norma inscrita Entendimento que é compartilhado por Bandeira de Mello, que adiciona que essa faculdade foi instituída em detrimento da promoção efetiva o interesse público:

Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a

multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem - as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham -, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 845).

Prova recente foi a conjuntura da COVID-19, completamente fora do comum e do arcabouço legal, que necessitou da ampliação, mas também em casos de supressão, dessa prerrogativa aos administradores durante o período da calamidade, tudo no intuito de resguardar o direito à saúde e à vida dos cidadãos. A faculdade de deliberação constante no poder discricionário administrativo jaz nas questões de mérito, devendo ser decidida mediante análise da conveniência e oportunidade da ação. Nesse sentido Carvalho Filho leciona:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público (CARVALHO FILHO, 2019, p. 139).

Nesse interim, destaca-se que os esteios para o exercício do poder discricionário são as condições valoradas pelo administrador, sempre em busca da efetividade no desempenho de direitos dos administrados, materializados na concepção de interesse público.

No entanto, deve notar-se que, a noção de interesse público é vaga, podendo variar na sua interpretação devido às diferenças ideológicas, de convicções, princípios, ideais e valores dos grupos que revezam as legislaturas. Isso pois, o ambiente democrático pressupõe a presença de diferentes grupos, convivendo em harmonia, onde os representantes atuam mediante os interesses dos representados.

Essa diferença de pensamento é intrínseca ao debate democrático, razão pela quais existem mecanismos de precaução a abusos. Os processos de tomada de decisão desses gestores são pautados a partir dos interesses dos grupos dos quais exercem a representação eletiva através do mandato.

Os administradores democraticamente eleitos, em tese atuam na efetivação dos valores e anseios de seus representados, inclusive no intuito de perdurar na administração. Essa atuação é inerente à atividade essencialmente política promovida pelo poder executivo, na medida em que o administrador foi eleito através do sistema político representativo.

Atribuir a faculdade da discricionariedade à legitimidade democrática gozada pelos representantes eleitos para os cargos no Poder Executivo, caracterizada pela vitória no pleito eleitoral disputado é válido. Portanto, nesse interim o administrador também exerce a discricionariedade em defesa dos interesses de seus grupos representando, que viabilizaram sua chegada nos quadros do Estado através do voto.

À luz do que foi exposto, conclui-se que os atributos expostos, inerentes à função administrativa, se articulam com vistas a promover a eficiência na prestação de serviços públicos, cujo norte é a satisfação das garantias e direitos individuais e da coletividade. Cabe ainda ressaltar que a discricionariedade administrativa é exercida com observância ao princípio democrático

O princípio da legalidade, eficiência e a discricionariedade administrativa, em sua essência, se revelam como instrumentos basilares da função de administração protagonizada pelo Executivo. Nesse passo, promovem à administração pública parâmetros de atuação para o alcance de patamares de maior agilidade otimização e orientação na função desempenhada

3.2. Ações do Executivo;

De início, frisa-se que existem espécies de atos, em classificação jurídica, tomados pelos representantes do poder executivo. Quanto à concepção de Ato da Administração, Maria Sylvia Zanella Di Pietro de início, estabelece que:

todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração. [...] tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa (DI PIETRO, 2020, P.271).

A autora continua defendendo que os “atos administrativos propriamente ditos estão entre as espécies dos atos da administração”(DI PIETRO, 2020, p.272). Ou seja, na concepção da corrente doutrinária da autora, cada ação exercida pela administração pública, qualquer ente ou servidor, que detenha a função administrativa estatal é em si um ato da administração, dentre os quais há espécies segregadas onde, para ela, constam os atos administrativos discricionários.

Paralelamente, sobre os conceitos, não se pode confundir um ato da Administração com ato administrativo, já que a Administração Pública exerce outros atos diversos que não podem ser considerados como atos administrativos, a exemplo

dos atos regidos pelo direito privado, que não estão obrigados sob a competência jurídica do direito administrativo, como traz Bandeira de Mello (2015, p.392).

Assim, para a doutrina nacional: “Nem todo ato da Administração é ato administrativo” (Mazza, 2019, p. 300). Para o estudo da questão levantada seguir-se-á a corrente que compreende o ato administrativo como uma das espécies de ato da administração. Não é o objeto desta análise, a listagem e tipificação das diversas espécies de atos da administração, visto que alguns sequer regem-se pelo direito administrativo.

Com isso em mente, partir-se-á ao conceito de atos administrativos, categoria de atos que, como frisado anteriormente, participam como espécie dos atos da administração. Mais especificamente, dos atos administrativos discricionários.

Como bem esclarece Alexandre Mazza (2019, p.296) o ordenamento brasileiro não determina ou esclarece o conceito de atos administrativos. Resta à doutrina estabelecer as concepções a serem consideradas pelos operadores do direito. No entanto, Carvalho Filho (2019, p.101) elucida que não há uniformidade entre as concepções estabelecidas pelos doutrinadores acerca do conceito dos atos referidos.

Assim, preliminarmente, para o direcionamento do objeto da presente análise, expor-se-á seguir conceitos de atos administrativos de renomados doutrinadores do ramo do direito administrativo. Seguem então os conceitos de atos administrativos segundo:

Celso Antônio Bandeira de Melo (2015, p.393):
declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

José Dos Santos Carvalho Filho (2019, p.102):
a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p.276):
a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Odete Medauar (2018, p.134):
um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no

sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.

Alexandre Mazza (2019, p.296):

toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, com caráter infralegal, consistente na emissão de comandos complementares à lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Hely Lopes Meirelles (2015, p.173):

toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Carvalho Filho (2019) defende que para se chegar ao conceito de ato administrativo, deverão ser analisadas três características indispensáveis. É imprescindível que seja manifestação de vontade de quem represente o estado exerça alguma de suas funções, ou seja, alguém no exercício da função pública seja agente da administração ou outro com legitimação a fazê-lo.

O teor do ato deverá ser apto para a produção de efeitos jurídicos materiais e com a finalidade do interesse público. Por último Carvalho Filho (2019) também mostra que, o ato deverá ser subordinado às normas do direito público. Além das características citadas, Di Pietro (2020) ainda defende em sua definição que o ato administrativo sempre poderá ser alvo de controle.

Assim sendo, a ciência dos conceitos estabelecidos pelos doutrinadores leva à conclusão de que o ato, em todas as hipóteses, é vinculado e passível de controle, devendo observar o princípio da legalidade – não pode atuar sem o devido amparo normativo. Isso depende-se do princípio da legalidade.

Então, para os efeitos da análise do presente estudo, adotar-se-á o conceito de que o ato administrativo é a manifestação de vontade proferida pelo gestor no exercício da função administrativa pública, visando a produção de efeitos jurídicos e materiais, exercido sob o regime do direito público, passível de controle jurisdicional.

Esses atos compreendem as ações essencialmente administrativas, do Poder Executivo, atos que possuem o condão de desempenhar os ditames legais através da gerencia da máquina estatal e dos serviços públicos.

Como traz Mazza (2019) existem inúmeras classificações doutrinárias aplicáveis aos atos, devido a sua imensa variedade de propriedades que podem vir a ser critério de classificação. Por outro lado, é pacífico entre os doutrinadores, a classificação que divide os atos administrativos devido à presença ou não do caráter

discricionário de avaliação de oportunidade e conveniência pelo gestor, esclarece Hely Lopes Meireles (2015).

Interessa a este estudo, a distinção que se refere à presença ou não da prerrogativa da discricionariedade administrativa ao administrador executor. Desse modo, no tocante à pesquisa, delimitam-se em atos vinculados e atos discricionários. Os atos vinculados são aqueles praticados estritamente do modo no qual a lei ordena, como mostra Mazza (2019), visto que, nesses casos, há previsão legal específica que determina como se dará a execução.

Celso de Mello conceitua cirurgicamente os atos vinculados como:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma (BANDERA DE MELLO, 2015, p.438).

Sobre a definição, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) defende que tal espécie de atos administrativos são definidos e restritos por lei, ou seja, a administração tem pouco ou nenhum espaço para interpretação na execução desses atos, sem margem para tomada de decisão ou ponderação de interesses.

Mazza (2019), traz um exemplo simples de um caso onde há previsão legal específica para o exercício do ato, a previsão legal de obrigatoriedade de aposentadoria dos servidores aos 75 anos. No cenário, quando o servidor completar a idade determinada, deverá o administrador aposentar o empregado, de modo vinculado. Assim não cabe ao administrador público, ponderar se é conveniente ou oportuno o momento para o desligamento, mas o deve fazer em razão de determinação legal específica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz importante consideração sobre a discricionariedade a fim de distinguir ambas as classificações:

a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador (Di Pietro, 2020, p.292).

Acerca do conceito suscitado por Di Pietro, compreende-se que, no exercício da discricionariedade, mesmo ante a possibilidade de ponderação e escolha,

todas as opções projetadas devem ser munidas de validade jurídica para com o ordenamento.

Diferentemente dos atos vinculados, que são restritos, de modo que a validade jurídica não é inferida ou ponderada, mas explícita na lei, os atos discricionários permitem algum grau de subjetividade na escolha das opções legítimas. Mister ressaltar que a liberdade não é absoluta, nos termos lecionados por Di Pietro “poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito” (2020, p.292). A tomada de decisão continua vinculada aos limites do ordenamento.

Assim, compreende-se que, quanto aos atos dotados da discricionariedade administrativa, ainda são vinculados à legalidade, através dos critérios de ponderação de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, como trouxe Di Pietro (2020).

Ao passo em que os atos discricionários conferem ao gestor o poder decisório acerca da escolha do conteúdo, o destinatário, a oportunidade e o modo de realização do ato. Entretanto, essa liberdade não é absoluta, devem sempre ser exercidos dentro dos limites legais e dos princípios evocados.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira discorre que a manifestação da vontade administrativa unilateral, é dada através dos atos administrativos. Também existem as manifestações bilaterais. É o caso dos contratos fixados pela administração pública. Uma vez que, é característica dos atos administrativos a unilateralidade, os contratos não podem se enquadrar nesta segmentação, como leciona Rezende Oliveira (2021).

A administração pública tem o condão de firmar compromissos contratuais para o exercício das atribuições que lhe são compulsadas. Desta prerrogativa é que surgem as figuras dos atos bilaterais. Com o intuito da compreensão deste estudo, serão elencadas noções acerca dos contratos da administração.

No que diz respeito aos contratos administrativos, são instrumentos para feitura de atos ou a aquisição de itens na execução das políticas públicas. A judicialização pode gerar situação em que devam ser firmados exclusivamente na espécie resultante do processo de inexigibilidade de licitação, tal qual foi o alvo da decisão judicial analisada.

Os contratos administrativos, “são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público” (OLIVEIRA, 2021, p.989). Portanto são aos atos bilaterais entre pessoas de direito privado e a administração pública.

Estes possuem características definitivas, as quais os segregam dos contratos privados. São o desequilíbrio em favor da administração, que possui as prerrogativas inerentes à atividade do estado - caracterizando a relação vertical entre as partes, bem como a sujeição preeminente ao direito público, mais especificamente o administrativo.

A competência da administração para fixação de contratos decorre de preceito constitucional, bem como pelo mesmo é condicionada a realização de processo licitatório no art. 37, XXI da carta Magna. No ordenamento pátrio, campo do estudo, os contratos administrativos são regidos pela Lei de licitações e contratos administrativos, N°8.666/93, a qual esvai seu vigor enquanto inicia-se a aplicação de sua substituta a nova Lei de licitações e contratos, N°14.133/21. A licitação é o método determinado pela Constituição federal, competente à realização de um processo de contratação, ato final.

Muitos atos, sejam quais forem, não são exarados de maneira premente, haja vista a necessidade de sujeição de toda a administração ao princípio da legalidade. Nisto aparece o semblante do processo administrativo. Portanto, a figura dos processos administrativos internos é onipresente na administração, atuando como mecanismo de prolação dos atos.

Di Pietro, esclarece de modo perfeito a melhor e sucinta definição de procedimento administrativo:

Ao falar-se em procedimento administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual (DI PIETRO, 2020, 766).

Sobre o processo licitatório, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, leciona: “Trata-se, destarte, de procedimento administrativo instrumental, pois serve como instrumento necessário para o alcance de uma finalidade: a contratação pública” (Oliveira, 2021). Assim, compreende-se a natureza do procedimento que é capaz de gerar o ato, contratação.

Em casos de judicialização de obrigações de fazer, tal qual a prestação de serviço ou compra de produto – tal qual ocorrido na ação civil pública observada neste estudo – não incorre apenas na feitura da obrigação. A realização da deliberação

judicial depreende-se de todo o procedimento legal obrigatório muitas vezes com nuances técnicas específicas, fatores dos quais o julgador pode desconhecer.

3.3 A representatividade democrática da atividade do Executivo.

A questão da democracia e do Executivo ganha contornos quando se discute a implementação de políticas públicas, atos administrativo e de governo, políticos, mediante o paradigma da representatividade dos cidadãos. Neste campo, a vontade do Executivo, expressa nas decisões políticas e administrativas, deve se alinhar ao cumprimento da Constituição. Ou seja, é dever do Executivo, enquanto agente democrático, eleito pela maioria, garantir e implementar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, inclusive das minorias.

A imposição ao que diga respeito à proteção das minorias, foi delineada com firmeza a partir do paradigma pós-guerras no século XX. Nesse passo, a transformação advinda pelo neoconstitucionalismo intentou promover a proteção de direitos mudando o papel do Estado e do Direito (Streck, 2009). Em solo Nacional, pode-se afirmar que, a previsão constitucional da legalidade, incide ao Estado o dever de promoção das ações necessárias à promoção desses direitos.

Em detrimento de seu papel, a jurisdição constitucional passa a poder impor ações e omissões ao estado, vinculado à constitucionalidade. Essas decisões podem variar enormemente, desde a definição de políticas públicas até a administração cotidiana do Estado, incluindo a gestão de recursos, a implementação de leis e a supervisão de órgãos e instituições públicas.

No contexto da gestão municipal, a discricionariedade adquire contornos especiais. Trata-se da liberdade concedida ao administrador público para agir conforme seu entendimento, desde que dentro dos limites legais, em casos onde a lei não prescreva uma única solução. O prefeito, neste aspecto, é dotado de margem de escolha para a tomada de decisões que melhor atendam ao interesse público e os interesses dos grupos que representa.

No escopo do estado democrático, ao cidadão é conferida a prerrogativa de participação ativa na administração pública, seja na escolha dos representantes para patrocinar seus interesses e ideais ou em denúncias e controles em concreto:

É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada

na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), (Di Pietro, 2020, p.116).

Nesse sentido, compreende-se que o poder executivo conta com clara designação política, ao passo em que é alçado pela representatividade e pelos cidadãos pode ser controlado, seja por controle social, orçamentário, tribunais de conta ou controle judicial mediante infringentes questões de direito.

Há ainda, dentro da classificação dos atos aqueles dotados da discricionariedade inerente ao exercício da atividade política, passíveis de interpretação subjetiva do agente público. Esses podem ser nomeados atos de governo ou atos políticos (MEDAUAR, 2018). Tais atos são resultado da competência daqueles eleitos democraticamente através do voto, instrumento político do cidadão.

Nessa perspectiva, os atos políticos não seriam uma espécie de atos administrativos discricionários, sendo vistos como uma categoria separada. Para essa corrente, os atos políticos são decisões do alto nível do governo, que geralmente envolvem a formulação de políticas públicas e decisões estratégicas que dispõem os cursos das atividades Estatais. Nessa qualidade, tais atos não estariam sujeitos ao mesmo nível de controle judicial que os atos administrativos discricionários tradicionais, tendo em vista que iriam além do escopo do Judiciário, na esfera política.

Em contraponto, Odete Medauar (2018) desvenda que é adequado inserir tais atos no gênero ato administrativo, mesmo alguns podendo carregar caráter predominante político ou ideológico. Assim como na espécie de atos apresentada para dispor acerca da discricionariedade da administração, no tópico anterior, não há previsão legal para o conceito de atos políticos ou atos de governo. Há, como mencionado, divergências na doutrina, acerca da possibilidade, ou não, de serem incluídos na amplitude dos atos administrativos discricionários, ou se se excluem da concepção administrativa.

Como Mazza (2019) explica, há a primeira corrente que traz que os atos administrativos, incluem-se aos atos da Administração, visão lecionada por Di Pietro, pois foram praticados pela Administração Pública. Já Mazza (2019) tratando da segunda corrente, a qual diz majoritária, veiculada inclusive por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), onde considera que os atos de natureza iminentemente

política são aqueles praticados pela Administração, mas não se enquadram aos atos administrativos discricionários.

Acontece que, a segunda corrente exclui da amplitude dos atos discricionário, os atos políticos, de governo que seriam exercidos com maior amplitude de opção e vinculados à constituição. Mazza, exemplifica então que alguns desses atos seriam: “declaração de guerra, decreto de intervenção federal, veto a projeto de lei e o indulto”(2019, p. 301). No entanto, para a análise, também é pouco relevante a diferença das posições doutrinárias entre os atos políticos puros e atos administrativos discricionários, vez que se compreendem que ambos são passíveis de revisão judicial em mérito.

Segue-se, por exemplo, o disposto por Di Pietro, ao elucidar que um veto pode ser espécie de atos administrativos discricionários, ao passo em que também ato político (Di Pietro, 2020). Compreende-se que, no contexto nacional, mesmo dotado de carga política, ainda carrega a característica do ato discricionário, consoante que as alternativas consideradas pra a ação devem estar em consonância com a legitimidade jurídica perante o ordenamento vigente, na forma da constituição, mesmo que incorra em ação política.

Compreende-se, claro que tal espécie de ato emanada pelos chefes dos executivos da república pode carregar o título de ato de natureza política a depender do caso concreto, e não deixar de por isso, de ser controlável pela justiça tal qual o ato administrativo discricionário.

A parcela que os leciona fora do conceito de ato discricionário, como leciona Di Pietro, intenta coibir o exercício de política pelo judiciário, esse preceito foi inclusive disposto na Constituição de 1937, no Art. 94 (DI PIETRO, 2020). Sobre essa distinção, entre os atos Oliveira (2021) explana que intenta afastar tais atos da esfera do controle da jurisdição.

Todavia, a constituição atual não traz essa previsão. Na verdade ao dar prioridade aos direitos, mostra-se iminente que ações ou omissões dessa natureza, que incidam na efetivação de direitos são sim judicializáveis:

Costuma-se dizer que os atos emanados no exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário; as Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) estabeleciam que as questões exclusivamente políticas não podiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário. As Constituições posteriores silenciaram, mas a vedação persiste, desde que se considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos. No entanto, se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário (Di Pietro, 2020, p.189).

Meireles frisa a possibilidade de controle desses atos, em que admita que já postilou o contrário, todavia expõe que: “não é exato, porque, na realidade, a Justiça os aprecia, apenas com maiores restrições quanto aos motivos ou à via processual adequada” (MEIRELES, 2015, p. 849).

Todavia, mesmo confirmando que é passível de controle judicial, infere que se diferencia de ato administrativo discricionário, pois o ato administrativo poderá ser executado por qualquer agente que desempenhe atividade da função administrativa, ao passo em que os atos de governo, atos políticos, apenas podem ser desempenhados pelos capazes. Nessa comparação, o ato de governo é mais independente e restrito nos sujeitos, enquanto a administração pública é instrumento que para implementar as políticas de governo:

Comparativamente, podemos dizer que governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Isto não quer dizer que a Administração não tenha poder de decisão. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria (MEIRELES, 2015, p.69).

Dessa afirmação, podemos compreender que, os atos da administração, mesmo em que pesem os discricionários são depreendidos de premissa legal. Seja por exemplo, a compra de um equipamento hospitalar ou a cobertura asfáltica de uma via pública, tais ações foram pré-estabelecidas como possíveis, em detrimento de previsão legal, lei orçamentária, assim demonstra-se que a discricionariedade ainda age no escopo da legalidade estrita, muitas vezes, mostrando seu viés de neutralidade política, devendo ser executada no fim legal.

Nesse passo, à atitude política recai o caráter transformador da realidade aludido ao direito no paradigma alcançado na segunda metade do século XX. Isso é, o ato de governo importa na real tomada de decisão que instaurará, nesse sentido também leciona Di Pietro:

podem ser assim considerados os atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais. Estes se inserem na função política do Governo e serão executados pela Administração Pública

(em sentido estrito), no exercício da função administrativa propriamente dita (DI PIETRO, 2020, p.189).

Em que diz respeito à possibilidade de controle jurisdicional de atos de natureza política, essa demonstra que democracia não pode ser justificada meramente pela vontade soberana do povo, constatado na maioria, uma vez que a soberania popular, atualmente, precisa também de legitimação a partir da conjectura do Estado Constitucional de Direito:

Portanto, constitucionalmente, Democracia já não se basta com a vontade soberana do povo, pois, hoje, quem diria(?), também a soberania popular tem que se legitimar. Em primeiro lugar, a soberania popular apenas se manifesta legitimamente, no Estado Democrático brasileiro, quando observa e se submete à onipresença dos princípios constitucionais fundamentais (CF, art. 1º): soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. Assim, uma proposta de lei, ou mesmo de Emenda à Constituição, se aprovada em detrimento desses princípios constitucionais, ainda que obtenha, antes (por plebiscito) ou depois (por referendo), a aprovação popular, ainda que à unanimidade de votos, não será menos ilegítima. (GUEDES *et al*, 2018, p.1310).

Com isso, no cenário brasileiro, a soberania popular deve ser compreendida como manifestada legitimamente apenas quando observa e adere à concepção da força normativa dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, mesmo em que pese a decisão da maioria, protagonizada pelo representante eleito.

Nesse sentido, a dependência da constituição à política, vontade popular instantânea, não é absoluta, sob pena de perda da autonomia do direito advinda dos preceitos neoconstitucionalistas. Desse modo, um aspecto a ser observado é a força normativa da Constituição, e de suas disposições pétreas.

Esse conceito foi introduzido à discussão constitucional através do preceituado por Konrad Hesse, ao dispor sobre a eficácia da Constituição mediante alteração da maioria e vontade política transitória, discorrendo que não pode haver dependência iminente do processo político.

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. (KONRAD HESSE, 1991 P. 25)

Nisso, compreendem-se tais pressupostos realizáveis, “*realisierbare Voraussetzungen*” (Konrad hesse, 1991 P. 25) como instrumentos limitadores do

exercício de prerrogativas inerentes à atividades estatais, tal qual atuação política, instituídos no escopo da proteção dos direitos cidadãos, fatores presentes na Constituição de 1988.

Com esse respaldo, as minorias possivelmente ignoradas em processos representativos majoritários, tal qual a eleição para chefe do executivo municipal, não hão de sofrer com opressões e arbítrios contra suas garantias, invioláveis e impositivas ao Estado, inclusive na atividade política. Assim, compreende-se que mesmo a atividade política do executivo está vinculada a esses pressupostos.

A promoção efetividade desses pressupostos, no ordenamento nacional é exercida pelo poder judiciário, na figura da jurisdição constitucional. Nesse escopo, o volume de judicialização da atividade do Executivo é um reflexo direto no grau em que esse promove, por ação ou omissão, os pressupostos constitucionais, traduzidos nos direitos dos cidadãos:

O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões (STRECK E ROCHA, 2005, p.165).

O ideal de direitos como prerrogativas dos cidadãos imponíveis à atividade do Estado, e da vontade da maioria política que representa é um ponto da teoria desenvolvida por Dworkin (2002) e comentada por Streck, (2009) e (2006). Dworkin (2002) assevera que, em contraponto à posição do positivismo, os direitos dos cidadãos existem em um plano independente à legalidade estrita, ao passo em que esse são, na concepção do autor, argumentos de princípio. Nesse interim, não dependem na positivação institucional para serem imponíveis ao estado.

Dworkin (2002) distingue argumentos passíveis de serem empregados em uma decisão Estatal, tal qual é a deliberação judicial, política e princípio em sua obra a partir do seguinte, a política diz respeito à comunidade, coletividade, metas e objetivos sociais. Já o princípio é considerado como condição resultante de direito do cidadão individual, ou das minorias em analogia. Nesse sentido, o argumento de princípio deve ser observado de modo, em regra, a não ser ferido o direito do cidadão individual em detrimento de objetivos da comunidade.

Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou

social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Essa constatação ressalta a importância do respeito aos princípios constitucionais e à Constituição na sustentação de uma democracia genuína, que não implique em arbítrios autoritários do grupo detentor do poder Estatal, tal qual ocorria no absolutismo.

Esse fator pode ser compreendido como aprendizado tomado pelos estados mediante retrocessos sofridos no passado. Esses retrocessos, por vezes legitimados pela maioria política vigente à época, incorreram em desrespeito a prerrogativas dos cidadãos, ao passo em que não as reconheciam como norma jurídica.

Assim, compreende-se que a que, acerca da capacidade gozada pelos chefes do Poder Executivo eleitos para tomada de decisão e escolha na implementação de políticas públicas e de governo, mesmo que professantes da representatividade democrática da maioria, continuam vinculados de maneira a respeitar os direitos dos cidadãos e as diretrizes constitucionais, em que diz respeito ao ordenamento brasileiro.

4. CAPÍTULO 3: Controle Ao Executivo

A problemática da intrusão das deliberações jurisdicionais acerca da feitura de atos inerentes às atividades públicas do Poder executivo gera questionamentos acerca da legitimidade dessas deliberações. Isso pois há discussões que asseveram tal judicialização como ilegítima e usurpadora da vontade democrática que seria exprimida pelo ator político.

Essa conjuntura se mostra essencialmente contra majoritária, ao delimitar a possibilidade de controle da vontade geral transitória, vinculando-a à Constituição. Nesse sentido, incorre em “deslocamento da esfera de tensão em direção à justiça constitucional” (STRECK E ROCHA 2005, p.164). Nesse interim, para que seja evitado inclusive o problema da discricionariedade judicial, requer-se que sejam instruídos métodos de controle às decisões judiciais, uma teoria da decisão que contemple a resposta constitucionalmente correta (STRECK, 2006).

Todavia, dentre as divergências doutrinárias acerca da extensão legítima dos critérios controlados, mostra-se não pacificada a questão acerca da interpretação e suas nuances. Em detrimento do levantamento de informações e posições doutrinárias avaliadas, o pensamento de Lênio Luís Streck mostrou-se promissor, apesar de complexo e prolixo, a demonstrar como deve ser desempenhados os mecanismos de controle de poder através da jurisdição.

4.1. Aspectos gerais acerca do controle da administração pública municipal

A constituição Federal dispõe no art. 74 um critério de classificação do controle da administração, ao determinar que: “todo Poder deverá manter, de forma integrada, sistema de controle interno de fiscalização” (LENZA, 2022). Esses sistemas, denominados de controle interno, no que diz respeito à administração pública no âmbito do poder executivo, compreendem controladorias internas, ouvidorias, setores jurídicos entre outros, dos órgãos que exercem a função administrativa.

Poderá avaliar seja a constitucionalidade, legalidade, eficiência e mérito. Isso pois, uma vez desempenhado pela própria administração, ao mesmo calham as prerrogativas inerentes à mesma, sobre o exercício do ato controlado.

Por consequência, a CF também instituiu a figura do controle externo. O qual difere-se do interno, uma vez que a classificação diz respeito ao órgão controlador. Este caracteriza-se por ser desempenhado por órgão diverso à administração. No caso da administração pública no âmbito do Poder Executivo, tal espécie será exercida por órgão do Judiciário ou do Legislativo.

Assim tal método atua no escopo do princípio constitucional da tripartição dos poderes, através dos mecanismos de freios e contrapesos, indissociáveis à efetivação da separação funções do Estado com equilíbrio na esteira de operação do Estado Constitucional e Democrático.

Hely Lopes Meireles leciona acerca do equilíbrio na obra de Montesquieu, e pondera que o mesmo na verdade não baseou a teoria desenvolvida na efígie da separação entre os órgãos detentores das funções estatais, mas sim da regulação recíproca entre eles.

Montesquieu nunca empregou em sua obra políticas as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se unicamente à necessidade do "equilíbrio entre os Poderes", do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de checks and balances, que é o nosso método de freios e contrapesos, em que um Poder limita o outro (Meireles, 2015, p.65).

Assim sendo, compreende-se que os mecanismos capazes de promover a regulação entre os poderes são parte indivisível da teoria da tripartição de funções, posteriormente lapidada através das democracias emergentes. Portanto os instrumentos foram esculpidos no intuito de inibir o exercício irregular do poder estatal. Há necessidade de autonomia para o desempenho das funções atribuídas mas também de cooperação e controle mutual entre os entes, para efetivação e balanço do exercício do Poder indispensável ao estado constitucional de direito (Silva, 2008).

Bandeira de Mello mostra que através de tal controle se objetiva a promoção de verdadeiro equilíbrio entre os entes democráticos, não havendo qualquer relação de disparidade entre os poderes, visto que, na verdade o Poder intrínseco à atividade estatal é uno e indivisível (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Acerca das classificações do controle, DI Pietro introduz método para avaliar o critério do órgão, utilizado para classificar o controle da administração. A autora elucida que pode diferenciar-se o controle através do órgão, podendo ser classificado em controle administrativo, legislativo e Judicial (DI PIETRO, 2020) O controle administrativo é a exercido pela própria administração.

Paralelamente o controle legislativo é desempenhado pelo Poder Legislativo, isso posto trata-se de controle externo. Di Pietro é célebre ao destacar que tal espécie pode inclusive dispor acerca de atos políticos, sobre todos os aspectos da discricionariedade. Entretanto deverá indiscutivelmente se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, sob pena de configurar-se interferência na atividade do órgão diverso (DI PIETRO, 2020). Por último e igualmente relevante, deve-se citar nessa classificação o controle judicial.

Como foi evocado a cima, a Constituição Federal dispõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim sendo, haja vista a força normativa da Constituição Federal, não há ato da administração pública que não possa vir a ser questionado em juízo, uma vez suscitadas demandas acerca de lesão ou ameaça a direito.

No que tange ao controle externo sofrido pela esfera orçamentária, financeira, patrimonial da Administração Pública, menciona-se que a Carta Constituinte prevê espécie de controle exercido pelo o Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas.

No entanto, é relevante explicar que, os tribunais de contas, apesar da nomenclatura, não são órgãos integrantes dos quadros do poder judiciário, como bem ressalta Odete Medauar: “Os vocábulos “tribunal” e “julgar as contas”, usados ao se tratar desse agente controlador, não implicam a natureza jurisdicional de suas funções” (MEDAUAR, 2018, p.387). Assim sendo, não deve ser confundido o controle exercido pelo tribunal de contas ao exercido pelo judiciário.

Nisto, compreende-se que ao desempenhar-se controle orçamentário e patrimonial frente a órgão integrante Judiciário, os Tribunais de contas exercem controle externo ao Órgão, no interim dos mecanismos de equilíbrio entre prerrogativas e controle mútuo. Porém sua natureza não permite que sejam incluídos a qualquer dos poderes da república, muito menos ao judiciário.

Lenza demonstra que o ordenamento brasileiro, através da CF de 1988 desenvolveu-se de modo que ambos os tipos de controle, interno e externo constituem sistema eufônico e coerente de autodomínio do Estado:

A CF/88 consagra, pois, um sistema harmônico, integrado e sistêmico de perfeita convivência entre os controles internos de cada Poder e o controle externo exercido pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (LENZA, 2022, p. 1218)

Uma vez que a Constituição dispõe que o controle incide em todos os âmbitos da administração, em administrações municipais não é diferente. A responsabilidade pelo desempenho do controle financeiro é atribuída às câmaras de vereadores municipais junto aos tribunais de contas dos estados.

Veja-se o Artigo 71 da Constituição, acompanhados dos incisos I, II, III, IV, VI, VIII, IX E X, os quais contém as previsões das competências dos tribunais de contas que incidem diretamente no controle da administração pública municipal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

Assim sendo, percebe-se que aos tribunais de contas competem diversas funções: julgar e apreciar as contas dos administradores; verificar legalidade de atos; realizar inspeções e auditorias acerca da administração; fiscalizar qualquer repasse de recurso; aplicar sanções e multas; determinar prazos para regularização de ilegalidades e sustar a execução de ato por si impugnado. Além disso, ainda contam com a função normativa.

Essa função não consta prevista no texto constitucional, porém, resta disciplinada nos regimentos internos e leis orgânicas de cada tribunal de contas. A

atribuição da função normativa não afronta o texto constitucional na medida em que não incorre em supressão de competências positivadas, mas sim de uma ampliação depreendida no escopo do exercício probo da administração. Nesse sentido, contam com validade, posto que não mitigam competência ou contrapõe-se aos valores constitucionais, como bem dispõe Flávio Olímpio Neves Silva: “Estas competências, conquanto não possam ser mitigadas pela legislação infraconstitucional, podem ser ampliadas por esta via” (SILVA, 2022, p.43).

Nesse interim os tribunais de contas, podem editar instruções e atos normativos. No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, essa competência resta fixada no artigo 3º da Lei Estadual N° 8.258/05, a lei orgânica do TCE/MA. Sobre a edição de tais atos, Flávio Silva em seu comentário ao art. 3º da lei orgânica do TCE/MA leciona que:

As hipóteses em que a regulamentação tem lugar, por intermédio de atos normativos, se apresentam quando o texto, da lei se mostra insuficiente, incompleto, sendo necessário: a) desdobrar seu conteúdo sintético; b) limitar a discricionariedade administrativa, definindo regras procedimentais para a Administração ou caracterizando fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei, mediante conceitos legais vagos, os quais, para a exata definição, envolvam critérios técnicos (normas administrativas em branco)(SILVA, 2022, p.44).

Disso, extrai-se que, o tribunal de contas, apesar de atuar ao lado do campo da política, é órgão de cunho técnico e suas disposições normativas operam nesse sentido. Então, compreende-se que ao Tribunal de contas do Estado do maranhão é legítima a atuação normativa, inclusive no intuito de minguar a discricionariedade da administração, ao estabelecer mais parâmetros à sua atuação. Essa prerrogativa decorre diretamente da natureza do órgão, e depreende-se no intuito de elevar a eficiência do desempenho de suas funções constitucionalmente atribuídas (SILVA, 2022)

Acerca da natureza desses atos, Flávio Silva elucida que, não são hierarquicamente semelhantes às Leis, mas sim a elas subordinadas, não podendo inovar em sentido algum, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Na verdade, são enunciados fixados no fim de orientar as atividades administrativas dos gestores em detrimento das situações pregressas observadas pelo tribunal:

a lei e o ato normativo diferenciam-se, não só pela origem (Órgão produtor) e pela posição de supremacia da primeira (diferença de grau hierárquico), mas, sobretudo, porque a lei tem o condão de inovar no ordenamento, estabelecendo, alterando ou extinguindo relações jurídicas (desde que acorde com a Constituição). O ato normativo, ao contrário, como fonte

secundária do Direito, depende da lei; se inova na ordem jurídica, há invasão de competência, abuso de poder (SILVA, 2022, p.44).

Assim sendo, o controle dos Tribunais de contas exercidos frente às administrações municipais pode incidir de maneira prévia, através dos atos normativos, que em tese deveriam servir de parâmetros para o desempenho das atividades do Poder Executivo, bem como de maneira posterior, no julgamento de contas ou avaliação de ato. Portanto, os tribunais de contas são autônomos, não fazem parte de nenhum dos três Poderes da República. Agem através das atribuições e prerrogativas constitucionais e legais que lhe são conferidas, como bem leciona Medauar:

Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, §3o). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes (MEDAUAR, 2018, p.387).

Nesse interim verificou-se que o controle da administração Pública possui vários critérios de classificação. Seja quanto ao órgão ou momento, as divisões nas espécies de controle servem para a identificação dos parâmetros e fatores avaliados em cada uma, assim torna-se possível avaliar a legitimidade em seus exercícios.

No que diz respeito ao controle judicial à administração, no âmbito do poder executivo municipal, sobretudo no escopo do controle de constitucionalidade assume nuances que os demais métodos não incidem. Isso pois, pode o Poder Judiciário deliberar acerca da execução de atos típicos e exclusivos do Poder Executivo, diferentemente de sua relação com o legislativo em que “apenas” pode verificar a validade de sua produção legislativa. Em relação ao Executivo, a jurisdição conta com a capacidade de deliberar sobre a feitura de seus próprios atos típicos.

Esse controle se realiza pelo ajuizamento de ações, que observam procedimentos formais, com garantias às partes, tais como juiz natural, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, entre outras. O processo se encerra por sentença, obrigatoriamente motivada e dotada da autoridade da coisa julgada, impondo-se, portanto, à Administração, que deve acatá-la. (MEDAUAR, 2018, p.389)

O controle judicial é método de controle externo, que pode incidir previamente, concomitantemente e posteriormente. Uma vez que, qualquer lesão ou situação de ameaça a direito pode ser valorada pelo judiciário, por força da Carta Magna. Como foi mencionado, a expansão vivenciada pelo Estados contemporâneos

dessa espécie de controle é nomeada de judicialização da administração pública.

Sobre isso, Odete Medauar leciona:

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração (MEDAUAR, 2018, 392).

Acerca dos parâmetros a serem avaliados através do controle judicial da administração, parte da doutrina aponta que será exercido no escopo do princípio da legalidade, ao qual todos os atos da administração devem sujeitar-se. Nesse sentido leciona Bandeira De Mello:

a Administração só pode agir sob a lei. Por isso se diz, generalizadamente, que a Administração, além de estar proibida, como qualquer, de atuar em desacordo com a lei, demais disso, só pode emitir atos jurídicos em conformidade com lei que a habilite a tanto. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p.972).

Além disso, a LINDB, fixa em seu art. 20, parâmetros que impõe que, na decisão judicial, não devem ser fundamentadas em conceitos valorativos indefinidos sem que se avaliem os efeitos práticos.

Porém, a doutrina não é pacífica acerca do tema, no que diz respeito dos aspectos que poderão ser alvo controle jurisdicional. Parte da doutrina pátria aponta com peso que o poder judiciário só pode avaliar a legalidade, assim não poderá ponderar sobre certos aspectos da discricionariedade administrativa.

Assim, defendem, na primeira, que caberá ao controle judicial a avaliação de competitividade do ato com as normas do ordenamento. Nesse interim, José dos Santos Carvalho Filho corrobora com o entendimento elencado:

O controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade (CARVALHO FILHO, 2019, p,1413).

Nessa corrente doutrinária, sobre o controle jurisdicional dos atos do executivo, Rafael Carvalho Rezende Oliveira pondera que:

O controle jurisdicional sobre os atos oriundos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) restringe aos aspectos de legalidade (juridicidade), sendo vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador e ao legislador para definir, dentro da moldura normativa, qual a decisão mais conveniente ou oportuna para o atendimento do interesse público, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Dessa forma, o Judiciário deve invalidar os atos ilegais da Administração, mas não pode

revogá-los por razões de conveniência e oportunidade. (OLIVEIRA, 2021, 1436).

Portanto, é posição forte na doutrina de que o controle externo exercido pelo judiciário deve-se ater à legalidade, uma verificação de compatibilidade com a norma inscrita. Isso pois, é alegado que, em detrimento à separação dos poderes, ao ponderar pela oportunidade e conveniência do ato, o órgão estará usurpando competência do Poder executivo e sua função, dada sua relação intrínseca à discricionariedade administrativa, na forma da lei.

Sobre isso Medauar dispõe que, parte da doutrina que abarca tal conexão, justifica-a através do preceito de que:

impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito – os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. (MEDAUAR, 2018, 382).

O fragmento acima demonstra que o posicionamento que defende que o judiciário não pode ser legítimo intendente do interesse público, uma vez que não possui representatividade democrática, caracterizada pelo mandato eletivo. Nesse interim, ao judiciário apenas cabe a avaliação da legalidade, traduzida na ponderação de validade da competência para o exercício, forma e licitude (MEDAUAR, 2018).

Esse é o entendimento lecionado por José dos Santos Carvalho Filho: “é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo” (CARVALHO FILHO, 2019, P.1413) Tal posicionamento é corroborado por Hely Lopes Meireles (2015) ao discorrer acerca do conceito de controle de mérito, e ressaltar a impossibilidade de sua apreciação pelo poder judiciário.

Em contraponto, Di Pietro ressalta que, também são alvo da avaliação judicial, possíveis vícios relativos à finalidade e motivo. Isso pois, mesmo que pareçam remeter a aspectos do mérito administrativo, na verdade decorrem de disposição legal, constante na lei da ação popular (DI PIETRO, 2020).

Sob a égide dessa convicção oposta, em decisões recentes observa-se deliberações acerca de aspectos que remetem ao controle de políticas públicas e atos do executivo, assim como as prolatadas nos autos do processo alvo de análise. Sob esse posicionamento, Odete Medauar também discorre:

pelo princípio da separação de poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida. (MEDAUAR, 2018, 382).

Esses precedentes dimanam da mudança de paradigma nos preceitos constitucionais e exercem influência direta no ordenamento. Possibilitam-se através da aplicação da Constituição e seus princípios em deliberações judiciais que controlam atos do executivo.

Essa ampliação decorre dos paradigmas neoconstitucionalistas e pós-positivista incidindo no direito brasileiro, através da Carta de 1988, como leciona Luís Roberto Barroso, uma vez que no fito dessas teorias, o direito deixa de prezar pela legalidade estrita do ordenamento, passando a incorporar à atividade jurisdicional, critérios decorrentes da aplicação de princípios constitucionais (BARROSO, 2012)

Em concepção, a partir da promulgação da CF de 1988, o Brasil optou por adotar a mudança de paradigma do Estado Democrático de Direito.

Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição (DI PIETRO, 2020, p.114).

Assim sendo, em razão da aplicação da legalidade, antes estrita, passou-se a encurtar a prerrogativa da discricionariedade, ao passo em que o campo do mérito se restringe, uma vez instituído caráter vinculante às normas e princípios constitucionais. Essa redução mostra-se como ocasião da aplicação da teoria dos motivos determinantes. Nesse escopo, os fundamentos que a levaram à tomada de passam a vincular a validade do ato. Em outras palavras, a administração pública deve justificar sua decisão, e os motivos apresentados devem ser legítimos, ou o ato poderá ser invalidado (DI PIETRO, 2020).

Esse movimento de deflação da discricionariedade do mérito pode ser contemplado através das figuras do desvio de finalidade e da inexistência de motivos, estabelecidos no ordenamento desde 1967, a partir da lei da Ação Popular (DI PIETRO, 2020).

Assim sendo, frente a infinidade de situações possíveis de verificação no caso concreto, podem-se verificar no ordenamento precedentes que tenham adotado as correntes mencionadas. Nesse interim, deve-se eleger uma concepção que possibilite que as decisões em tais judicializações não sejam discrepantes entre o

ordenamento, ou infligidoras de direitos, além do risco de imbuir questões essencialmente políticas e subjetivas às decisões.

4.2. Como o judiciário deve agir em disputas que exigem anulação ou imposição de ações à administração pública

A doutrina brasileira não é deficiente de teorias refinadas e postulados bem articulados que possibilitem aos intérpretes inferirem a legitimidade de suas ações e interpretações em relação ao ordenamento jurídico. A tradição doutrinária brasileira é rica e versátil, abrangendo uma multiplicidade de correntes de pensamento jurídico, desde o positivismo normativo até o constitucionalismo contemporâneo. Para se tratar da temática abordada, dois autores foram de suma importância, Lênio Luiz Streck e Luís Roberto Barroso, tendo em vistas suas análises que possibilitam a compreensão do fenômeno da judicialização e do Direito, através de suas transformações históricas e filosóficas. Ambos contribuem ainda, ao desenvolverem reflexões acerca da cognição e prática jurídica.

Streck constrói sua teoria a utilizando de postulados de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, que conferem a seu pensamento preceitos refinados que são retrabalhados. A teoria que desenvolve é denominada pelo mesmo de “nova crítica do direito” ou “crítica hermenêutica do direito” (STRECK, 2006, p.213). Os postulados adotados dos filósofos inspiradores de Streck e sua conclusão demonstram-se fatores interessantes à compreensão dos parâmetros que legitimem uma decisão interposta em contraponto a ação ou omissão protagonizada pelo executivo, mesmo que atue no sentido contrário à vontade da maioria.

A união consiste na conciliação entre as refutações ao positivismo, da qual o autor faz dos ideais. Em Dworkin destaca o conceito de direito como integridade e a responsabilidade judicial para com a promoção dos direitos, argumentos de princípio, e coerência do ordenamento (STRECK, 2006).

Ao passo em que, do preconizado por Gadamer, convém exibir reflexões onde refuta a aplicação do direito por métodos de subsunção. Ao passo em, na teoria de Gadamer, se defende a compreensão do fenômeno a partir do todo, de modo que a compreensão, depreende-se da interpretação perante o conjunto. Não é um ato isolado ideal, mas é sim parte de uma tradição e de um diálogo contínuo de horizontes.

Essa tradição é condição de existência da compreensão, fornecendo o contexto no qual a compreensão se torna possível (MASCARO, 2014).

Streck critica veementemente a manutenção de preceitos positivistas nos tempos atuais, aos quais conclui serem incompatíveis ao Estado Constitucional (STRECK E ROCHA, 2005). Ao passo em que aquele preconiza valores de competência e procedimento na produção normativa aplicável, que permite o juízo de vigência e a atuação da aplicação por subsunção, à revelia dos postulados advindos de Gadamer. Isso no mais descamba em discricionariedade judicial frente ao que defende que o positivismo denomina, *casos difíceis* (STRECK, 2009).

No entanto, o paradigma do neoconstitucionalismo pressupõe a validação pelo conteúdo material dos direitos e ao caso concreto, em contraponto à manutenção da subsunção. Nesse sentido, a perspectiva da hermenêutica pode ser mais apta a compreender o fenômeno jurídico, ao deixar de ignorar o todo e a concretude:

Este é o ponto em que uma perspectiva hermenêutica - filtrada e recepcionada para o direito com o devido cuidado (Sorge) - leva vantagem sobre as demais teorias que têm na interpretação o seu foco principal, isto porque é a faticidade, o modo prático de ser no mundo, que comanda a atividade compreensiva (STRECK, 2009, P.338).

Nesse interim, Streck dispõe que inexiste separação entre tipos de casos concretos com o qual se depararia um julgador, atribuída por Dworkin (2002) ao positivismo. Essa separação entre os casos fáceis e difíceis, já elucidada, importa que, as situações em que a lei dispõe, deve ser aplicada sem questionamento, o infame método da subsunção mediante incidência e validade, ao passo em que onde a lei fosse insuficiente, prevaleceria a discricionariedade do juiz em inferir os valores extrajurídicos que preterir, tendo em vista que esses, por não serem compreendidos no campo de mesma origem com a norma, não seriam vinculantes (STRECK, 2009).

Dworkin argumenta que se tratando dos *“hard cases”*, os juízes devem procurar a resposta correta dentro do sistema legal, de modo que a resposta promova a coerência no ordenamento, respeitando a moralidade comunitária, a história institucional. Isso é, existe para o caso uma resposta correta baseada na integridade do direito, não sendo uma questão de escolha discricionária do juiz perante fatores extrajurídico (DWORKIN, 2002).

Isso se dá em razão de que, em Dworkin (2002), o direito não pode ser concebido no paradigma da legalidade estrita e formalismo procedimental, ao passo em que suas fontes se fundam na moral da comunidade e processos políticos. Isso,

pois para o autor, os cidadãos contam com direitos que são impositivos frente à atividade estatal, que não podem ser excluídos por vontade política do legislador. Nesse interim, os direitos dos indivíduos estão protegidos inclusive da atividade da maioria legislativa:

O cerne de uma pretensão de direito, mesmo na análise desmitologizada dos direitos que estou utilizando, é que um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral. Sem dúvida, o conforto da maioria exigirá alguma adaptação por parte das minorias, mas apenas na medida necessária para a preservação da ordem. Essa adaptação costuma não incluir o reconhecimento dos direitos da minoria (Dworkin, 2002, p.230).

Assim em Dworkin (2002), o direito não cabe nos códigos e normas institucionais, em contraponto ao positivismo. Nesse interim, os argumentos de princípio, fundados em direitos individuais em espécie, mostram-se fruto da historicidade e moralidade institucional atribuída a um processo político pregresso. Nesse interim, o aplicador deve compreendê-los e considera-los mesmo que não positivados, tendo em vista os direitos suscitados:

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória do ponto de vista dessas duas exigências. Se essa tese é válida, a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juizes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juizes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe (DWORKIN, 2002, p. 137).

Em, Dworkin, o conceito de argumento de princípio e de política distinguem-se a partir de que: “princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo” (DWORKIN, 2002 p. 141). Nesse sentido, dispõe que o juiz que atue segundo a tese dos direitos, a quem decide intitular metaforicamente como “Hércules” deve compreender o ordenamento e as decisões anteriores a partir dos argumentos de princípios eivados:

Hércules deve supor que sua comunidade compreende, ainda que talvez não o admita explicitamente, que é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política (DWORKIN, 2002, p.180)

O desempenho dessa avaliação se dá em detrimento de Dworkin compreender que, cabe ao julgador, promover a efetivação dos direitos, ao passo em que promover a intitulada integridade do ordenamento (STRECK, 2009).

Para tanto, em Dworkin, a decisão judicial deve ser fruto de um processo dedutivo pautado na coerência na aplicação dos direitos e na promoção da integridade do ordenamento. Essa análise deve levar à decisão que promova coerência e requer uma análise filosófica, histórica, política e concreta norma e do caso, a partir do direito que intenta promover. Isso se verifica nos trechos:

Hércules deve desenvolver essa teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla (DWORKIN, 2002, p.168).

Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio (DWORKIN, 2002, p.139).

Na vista da hermenêutica professada por Streck, conta aperfeiçoamento dos elementos teóricos alcançados por Dworkin. Entretanto, Streck, rechaça a distinção ainda empreendida por Dworkin. Sustenta que não há tal distinção entre casos fáceis ou difíceis. Essa distinção acarretaria na retomada do ideal positivista de aplicação por subsunção da norma em casos em que se visse plena vigência e incidência, casos fáceis.

Todavia no paradigma constitucional, inclusive brasileiro, todas as decisões deverão contar com fundamentação explícita, lógica que demonstre a efetivação dos valores de princípios e direitos no processo decisório, que no ordenamento Nacional ainda foram inscritos na Carta de 1988 (STRECK, 2009). Aí percebe-se que incide o ideal da fundamentação e integridade preconizado por Dworkin em nosso ordenamento (STRECK, 2006).

Nesse sentido, mesmo em que se verifique que na história institucional a abstenção à demanda preconizada, e argumento de princípio, direito, progresso instituído de processo político e histórico, o juiz, em detrimento dos direitos dos indivíduos deverá pautar sua decisão a partir da promoção da dignidade: “Hércules utilizará então sua teoria da dignidade para responder a questões que a história institucional deixa em aberto” (DWORKIN, 2002, p.199). Assim, compreende-se a dignidade como ponto de partida para a aferição da resposta.

Deve fazê-lo exercendo a coerência, mesmo em contraponto à vontade popular ou política majoritárias do momento, de modo que a moralidade e

constitucionalidade são determinantes ao atuar na promoção dos princípios, argumentos de direitos, cuja a aplicação correta é um direito dos cidadãos, dentre os quais a dignidade exerce papel:

Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja. (DWORKIN, 2002, p.197).

Todavia, não se pode confundir a posição “Dworkiniana” com preceitos como o da subjetividade nas decisões, munida por concepções subjetivas do juiz. Isso iria de encontro ao preceito da integridade, gerando inconstância nas decisões e nas situações dos direitos. Tal interpretação errônea, levaria à conclusão de que a teoria dos direitos leva a um grau ainda mais elevado de discricionariedade que o positivismo, porquanto inclui a subjetividade moral à decisão.

Entretanto, não é o caso, pois o fator da moralidade aqui não é metafísico subjetivo, mas sim verificável no escopo da sociedade e seu desenvolvimento histórico e político (STRECK, 2006). O proposto por Dworkin é que o juiz deve refletir no fim de identificar os preceitos da moralidade coletiva, que aí sim incidirão na reflexão, visto sua relação originária com a norma e os direitos:

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem (Dworkin, 2002, p.197).

Nesse sentido, Streck endossa a concepção dos princípios a partir de Dworkin, discorrendo que os princípios incidem de modo a fechar a interpretação, vinculando-a e não conferindo mais discricionariedade subjetiva. Nesse passo alega que deve ser afastada a preposição, sob a qual os princípios são aplicados na lógica de mandados de otimização que direcionam, pois a tese vai além, passando a introduzir os princípios no campo jurídico e não externos (Streck, 2009).

Streck desenvolve preceitos da teoria de Dworkin, bem como de Gadamer. Com isso, aproxima o conceito de integridade à ideia do círculo hermenêutico como condição de ser da norma. Nesse passo, o fenômeno jurídico deve ser entendido em sua completude, para que então seja possível deliberar sobre um caso isolado da forma correta:

Como já dito, é exatamente por isso que os princípios não "abrem" o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a applicatio, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (o círculo hermenêutico, que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral e a diferença ontológica, que obstaculiza a dualização entre faticidade e validade) proporciona um "fechamento" da interpretação, isto é, serve como blindagem contra a "livre atribuição de sentidos"(STRECK, 2006, p.212)

Desse modo, compreende-se que Streck define que a compreensão do fenômeno jurídico é dada a partir do plano concreto, ideal que obtém dos postulados de Gadamer. Pode-se aferir pelo que Mascaro leciona que, em Gadamer, a preposição do positivismo se esgota, ao passo em que o autor demonstra que a linguagem, seu conteúdo e sentido apenas toma forma mediante a interação intersubjetiva para com a completude do fenômeno compreensivo.

A hermenêutica filosófica gadamerana anuncia uma compreensão existencial do direito e mesmo uma relação com o texto jurídico distintas daquelas das filosofias do direito juspositivistas. Para estas, há um momento normativo fundamental, em torno do qual gira o afazer do jurista. Gadamer rompe com o juspositivismo. O hermeneuta está mergulhado no mesmo processo existencial de sua interpretação do texto normativo, lendo, julgando e decidindo conforme seus preconceitos. Assim sendo, não há um afazer jurídico que se inscreva, eminentemente, como técnica normativa. A situação existencial fala mais alto que uma pretensa aplicação das normas postas aos fatos. Gadamer é explícito em afirmar que o direito não opera pela subsunção (MASCARO, 2014, p.410).

Assim, pode-se concluir que, para Gadamer, a pré-compreensão ou preconceito (não necessariamente negativo, mas como conceito carregado previamente à experiência hermenêutica, condições inerentes ao ser no mundo) é uma parte inescapável do processo interpretativo (STRECK, 2009). Em termos jurídicos, o processo de atribuir sentido a uma norma, como a Constituição, é fortemente influenciado pela facticidade vivida pelo intérprete, isto é, pelo contexto social, histórico, cultural e político nos quais o intérprete está inserido

Assim, todo intérprete traz consigo um conjunto de preconceitos e compreensões prévias que influenciam como ele interpreta um texto. No entanto, o objetivo da hermenêutica não é eliminar esses preconceitos, posto que impossível, mas sim torná-los conscientes e examiná-los criticamente perante suas implicações interpretativas. Nesse passo, a norma positivada, no escopo inevitável da linguagem, não tem como contar com sentido objetivo verdadeiro indiscutível a ser aplicado mediante os casos concretos, ao passo em que a compreensão é um processo apreendido também da relação factual:

A interpretação do direito não é um processo que alcançasse primeiro uma verdade essencial das normas jurídicas e que, depois, se veria perder quando de sua aplicação em casos concretos. Pelo contrário, a verdade jurídica é a própria aplicação do direito. A realidade não é um empecilho à hermenêutica jurídica, mas, antes, é o próprio solo no qual opera. Não há um momento ideal normativo, prévio ou alheio à realidade do direito aplicado, decidido ou concretizado (MASCARO, 2014, p.408).

Significa que a verdade não está contida nas normas jurídicas em si, mas toma forma na aplicação em casos concretos. Não existe, portanto, um sentido ideal na norma, que justifique sua aplicação por subsunção, mas deve ser compreendida a situação concreta para se interpretar o sentido da norma, ou seja, o sentido da norma não pode ser conhecido independentemente de sua aplicação aos fatos e à compreensão do fenômeno jurídico completo. Não pode assim conter previsões a serem aplicadas no sentido tudo-ou-nada tal qual Dworkin (2002) assevera que é feito no positivismo com a norma. Posto que o sentido real é compreendido pela completude do fenômeno jurídico.

Por outro lado, as preconcepções, demonstram-se também como condições de exercício de qualquer interpretação. Isso pois todos os sentidos inferidos necessitam de contexto, sem o qual as palavras não possuem significado algum. Desse modo, são influências da facticidade ao indivíduo, influenciando e possibilitando qualquer compreensão:

O jurista não é outro em relação ao mundo da decisão que tomará. Está mergulhado nesse mesmo contexto, com seus preconceitos e seus horizontes. A prática e a aplicação o orientam, num processo que é unitário. (MASCARO, 2014, p.410)

Nesse sentido, a capacidade de um jurista interpretar um texto legal pressupõe inevitavelmente a existência de uma compreensão prévia, ou pré-julgamento, acerca da totalidade do sistema jurídico, político e social no qual o texto se situa. Essa précompreensão forma-se pela sua experiência prévia, pelo conhecimento do sistema jurídico e da percepção do contexto social e político.

Assim, a interpretação jurídica, não tem como ser um ato isolado de atribuição de significado a um texto, mas um processo que envolve a consideração do sistema legal e social mais amplo, seus preceitos e seus objetivos, que no paradigma nacional é a promoção dos direitos. Na concepção de Streck (2006), esse processo de compreensão/aplicação deve ser regido pela necessidade de manter a integridade do sistema legal, uma ideia que é fundamental para a teoria jurídica de Dworkin. Consequentemente, a interpretação de um texto legal não pode ser feita de maneira

isolada, mas deve ser considerada dentro do contexto da totalidade do sistema jurídico, político e social.

Todavia, de acordo com Streck, interpretação equivocada das teorias de Gadamer e Dworkin, instaurou o medo de falta de racionalidade decisória nas decisões. Nesse sentido, os aplicadores recaem nas posturas que os pós-positivistas propunham a combater: o método da subsunção, ou seja, uma abordagem rígida e sistemática da interpretação da lei. A verdade é que, essas teorias, que malversam os preceitos evocados, gerando meios que isentam o intérprete da necessidade de fundamentar suas interpretações, ou seja, de fornecer justificativas racionais e coerentes para suas interpretações, posto que a posituação de preceitos tenta pré-estabelecer a interpretação e seus efeitos (STRECK, 2009).

No caso do Brasil, segundo Streck, não é diferente, o pensamento jurídico insistiu em instituir uma espécie de positivismo, que se desempenha através da tentativa de abarcar tudo no sistema jurídico inscrito. Essa ocasião se mostra através do exemplo de instituir conceitos que o autor chama de "prêt-à-porter", que literalmente significa "pronto para vestir" em francês. Streck leciona que essa instituição positiva de ideias ou conceitos jurídicos a fim de serem utilizados de forma engessada e simplificada, faz o aplicador se abster de realizar uma análise aprofundada do caso concreto e dos direitos controvertidos de modo que cada vez mais deixa exercer fundamentação com base no método hermenêutico (STRECK, 2009).

Isso enfraquece o direito e até mesmo as disposições constitucionais, posto que a fundamentação e interpretação ocorrem sem valorar os direitos e fatores exclusivos da concretude fática, assim ainda gera incerteza na resposta a ser conferida pelo poder judiciário.

Na medida em que não se respeita a integridade do direito e a fundamentação se dá a partir de conceitos pré-à-porters (veja-se que a súmula, por si, serve como fundamentação para uma decisão, como, de há muito, já ocorria com qualquer verbete ou enunciado), tem-se um sistema que admite uma multiplicidade de "respostas" (decisões). A consequência é um sistema "desgovernado", a partir de uma sucessão infundável de recursos (veja-se a proliferação da esdrúxula figura dos "embargos de declaração"), que, longe de propiciarem respostas adequadas, apenas reproduzem ementários prêt-à-pôter. A ausência de uma tradição (no sentido de que fala Gadamer) que obrigue os juízes a obedecerem a integridade do direito transforma os juízos de primeiro grau em rito de passagem para o segundo grau e aos tribunais superiores (STRECK, 2009, p.353).

A ideia de tradição proporciona um grau de estabilidade e previsibilidade no direito, visto que fornece um quadro a aplicação da lei. Nesse sentido, pode-se aproximar do ideal de integridade preconizado em Dworkin, onde a continuidade e a consistência são valorizadas. Com efeito, a inclusão dos princípios e garantias como pressuposto positivados na constituição de 1988, bem como a figura de súmulas, enunciados normativos e espécies similares não devem gerar um retorno do pensamento de que o direito é a norma positiva, posto que muitos fatos foram institucionalizados em norma. Streck dispõe que esse equívoco é solo fértil ao desenvolvimento de discricionariedade judicial:

De fato, se o positivismo fracassou com a antidemocrática "delegação" em favor dos juízes para a decisão dos hard cases, não parece apropriado concluir que o advento do constitucionalismo principiológico possa ser compreendido a partir daquilo que sustentou o velho modelo: o esquema sujeito-objeto, pelo qual easy cases eram "solucionados" por subsunção e hard cases por "escolhas discricionárias" do aplicador. (STRECK, 2009, P. 340).

Na concepção de Dworkin (2002), endossada por Streck (2009) os casos concretos e direitos são inúmeros e não cabem na forma na norma inscrita. Do mesmo modo são os casos concretos que podem vir a ser judicializáveis. Há demandas de direito que não foram abarcadas pela norma e princípios positivados pelo processo político ao passo em que também, em razão do novo paradigma acerca de sua finalidade, possui fim ativo transformador (STRECK E MORAIS, 2014). Por tanto, o sentido do deve passar a ser compreendido a partir temporalidade, evitando que se exaura nos sentidos prévios:

Ora, negar a diferença entre texto e norma implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que - insisto - é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo. Negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei etc.) (STRECK E ROCHA, 2005 ,p.168)

Para além, vista as transformações aceleradas da sociedade contemporânea, ainda virão a existir demandas e direitos que sequer foram contemplados pelas leis e princípios instituídos. Nesse sentido, Streck aprofunda o entendimento de Dworkin acerca dos direitos, prerrogativas dos cidadãos que independem de positivação concreta, mas podem ser aferidos a partir da fundamentação e análise pertinentes.

Nesse passo a constitucionalização dos princípios não deve gerar entendimentos que esgotem a possibilidade de incidência daqueles não inscritos, de

modo a retornar à concepção do direito positivo como preestabelecido e institucionalizado.

Lênio Streck argumenta que sua perspectiva hermenêutica, se cuidadosamente aplicada ao direito, tem vantagens em relação a outras teorias centradas na interpretação por subsunção. O argumento aqui é que a atividade de compreensão é conduzida principalmente pela concretude do mundo prático. Em outras palavras a atividade do julgador não deve ser uma atividade puramente teórica e abstrata, mas deve estar enraizada na realidade prática e concreta do mundo em que está inserido:

sentidos são atribuíveis, a partir da facticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto. Portanto, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A applicatio é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Consti-tuição), que tem o seu acontecimento (Ereignis) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais. Por isto, o texto não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação de forças que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista). Há, pois, um sentido forjado nessa intersubjetividade que se antecipa ao intérprete; em outras palavras, o intérprete estará jogado, desde sempre, nessa linguisticidade (STRECK E ROCHA, 2005, p. 169).

Nem mesmo a Constituição Federal de 1988, dentro da perspectiva de sua força normativa, pode ser compreendida como isolada do mundo material, da historicidade e concepções morais e políticas inerentes à sua formação pois qualquer do conhecimento, assim como o seu jurídico sempre está compreendido e se realiza em um mundo que o circunda e condiciona, compreendido pelos indivíduos através de seus horizontes intersubjetivos (STRECK, 2006).

Assim sendo, a norma constitucional, como lei fundamental norteadora, está também embebida à sua vivencia histórica e de seus prolores. Assim como os interlocutores estão sempre munidos de pré-conceitos, no sentido compreendido de Gadamer, de modo que essas condições são parte do fenômeno compreensivo indissociável da prática e interpretação jurídica (STRECK, 2006).

Deve se compreender que o direito, não é uma simples disposição das vontades políticas convergentes e majoritárias, há de se observar a inferência de autonomia ao direito que vêm sendo instituída desde as revoluções liberais. Nesse interim, o direito deve ser compreendido no âmbito da “cooriginariedade” da moral e

política, mas não refém dessas, em detrimento da autonomia adquirida (STRECK, 2009). Ideal que também se extrai de Dworkin:

Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe (DWORKIN, 2002, p. 137).

Assim, compreende-se que tal conjuntura, reflexão da integridade, depreendeu-se da necessidade de se promover os direitos, mesmo que não inscritos. Pode-se avaliar tal feita em face à tendência de arbítrio no exercício do poder preconizada pela filosofia, dentre os quais se destacou Montesquieu (Bonavides, 2004). Nesse sentido, a teoria utilizada na contestação da validade da judicialização a faz cair por terra, no passo em que aquela não exclui que, até executada a divisão funcional, estariam cessadas as chances de arbítrios. Na verdade, o pessimismo com o qual contata a natureza do Poder, nutre a asseveração de que, mesmo dividido, os arbítrios ainda são possíveis, visto a presença do elemento. É nessa concepção que, em conjunto à separação, o equilíbrio entre os Poderes é parte inseparável da teoria da tripartição (BONAVIDES, 2004).

Bandeira de Mello ainda contribui nesse raciocínio, ao demonstrar que, em detrimento da tendência corruptível do Poder, este avança até onde pode, onde os limites lhe são impostos. Nesse sentido, dada a natureza do Poder, apenas se mostra limitável frente a si mesmo, nisso contempla-se o preceito filosófico dos mecanismos de freios e contrapesos, concebidos no escopo da separação e equilíbrio entre os Poderes, tal qual pode aferir-se de:

Afirmava Montesquieu, como dantes se anotou, que todo aquele que detém Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. Aceitas tais premissas, realmente só haveria uma resposta para o desafio de tentar controlar o Poder. Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder. Logo, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, P.43)

Essa conjuntura da limitação do poder desempenhada no escopo de promover os direitos inibindo arbítrios permitiu a instituição de autonomia ao direito, de modo a blindá-lo de revezes políticos, culminando na forma dos Estados Constitucionais. Isso pode ser observado na Contribuição federal, em que há

clausulas imutáveis, além de que o perecimento de emenda é mais difícil em comparação às leis ordinárias.

O emprego da autonomia na forma do constitucionalismo, resultou em ampliação sem precedentes da jurisdição constitucional, inclusive no que diga respeito ao processo legislativo e executivo, posta a introdução da figura da constitucionalidade. Nesse interim, a resposta correta, no ordenamento nacional demonstra-se por sua concordância e coerência com a Constituição de 1988:

Por isso venho insistindo que há um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição (aqui trata como "a resposta correta"). Essa resposta, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um "produto" filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna) (STRECK, 2009, p.366).

A capacidade de um jurista interpretar um texto legal pressupõe inevitavelmente a existência de uma compreensão prévia, ou pré-julgamento, acerca da totalidade do sistema jurídico, político e social no qual o texto se situa, no caso em questão, da Constituição de 1988. A carta magna brasileira, no sentido do novo constitucionalismo, incorreu em responsabilização do estado pela transformação social. Nesse sentido, o interprete, não pode apenas aferir o que quer que a norma inscrita signifique. Precisa compreender sobre o que as palavras realmente significaram e significarão frente à concretude, também sobre o que sabe do mundo da própria carta constituinte, em suas nuances, ao passo em que a argumentação resta vinculada ao resultado efetivo da decisão.

Assim, a tese que venho sustentando é uma a simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente trata-se "da resposta adequada à Constituição", isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma (STRECK, 2009, p.367).

Assim, a interpretação jurídica, portanto, não é um ato isolado de atribuição de significado a um texto, mas um processo que envolve a consideração do sistema legal mais amplo, seus princípios subjacentes e os objetivos políticos e sociais que ele busca promover. Este processo deve ser regido pela necessidade de manter a integridade do sistema legal, uma ideia que é fundamental para a teoria jurídica de Dworkin. Consequentemente, a interpretação de um texto legal não pode ser feita de maneira isolada, mas deve ser considerada dentro do contexto da totalidade do sistema jurídico, político e social e fundamentada nos argumentos de direito aplicáveis, para que então seja verificada considerada legítima, em contraponto à mera verificação de aplicabilidade normativa :

Nesse sentido, a tese da resposta constitucionalmente adequada (ou a resposta correta para o caso concreto) pressupõe uma sustentação argumentativa. A diferença entre hermenêutica e a teoria argumentativo-discursiva é que aquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental. Isto é, na teoria do discurso, a pragmática é convertida no procedimento (STRECK, 2006 p.221).

Em detrimento da conclusão alcançada anteriormente (A limitação o controle no exercício do poder é fundamental para a efetivação dos valores democráticos liberdades e direitos individuais), mostra-se inteligível a conclusão de que o magistrado, tendo em vista que exerce função típica do poder estatal, também conta com seu leque de ações limitado e controlado pelo ordenamento e pelo direito. Nesse escopo, deve exercer sua atividade tipicamente estatal e tendo em vista a manutenção da lógica jurídica, da integridade e tradição, seguindo a tendência política de efetivação de direitos.

Desse modo a compreensão da norma está vinculada aos preceitos e avanços alcançados pela sociedade, sem ser refém das mudanças políticas transitórias. Assim, podem os julgadores incidir contra disposições legais incongruentes e ou inconstitucionais, trazendo ao debate argumentos que podem não ter sido avaliados no processo decisório da maioria:

os juízes constitucionais podem participar do diálogo coletivo, recordando aos cidadãos e a seus representantes o peso de certos direitos, enriquecendo a deliberação pública com argumentos e pontos de vista não levados em conta na discussão parlamentar. (STRECK E ROCHA, 2005 p.165).

As decisões judiciais nesse caso, não podem se pode aproximar do pragmatismo político subjetivo, que é justamente o fator que a autonomia do direito buscou afastá-lo (STRECK, 2009). Isso pois, na crítica bem realizada por Dworkin, o juiz não pode legislar, nem mesmo como delegado do Poder Legislativo. Todavia isso não significa que o Poder Judiciário não possa, dentro da democracia, deliberar sobre questões políticas. Na verdade, o Juiz possui a responsabilidade de decidir com base nos argumentos de direitos, mesmo que essa decisão possa vir a contradizer vontade política da maioria (DWORKIN, 2002).

Barroso (2012) explica que o judiciário, por se tratar de um Poder integrante de um Estado democrático, é dotado de representatividade e deve sim prestar contas à sociedade, ao passo em que isso se verifica na efetivação dos direitos. Nesse sentido a autoridade para a imposição de eficácia dos valores constitucionais deve gerar confiabilidade aos cidadãos (BARROSO, 2012). O autor continua demonstrando que, todavia, o poder Judiciário não pode tornar-se uma espécie de escravo da opinião pública. Em razão de que, há problemáticas das quais a decisão legítima é impopular,

portanto os magistrados são encarregados de prolatar decisões com valores contra majoritários (BARROSO, 2012).

Isso posto, em que diz respeito à judicialização pautada no estudo, o Poder Judiciário, ao exercer o controle de atos administrativos discricionários emanados ou impor atos à administração pública municipal, deve estar ciente de que seu papel não é substituir o administrador, ou o legislador, mas sim garantir que a discricionariedade e a representatividade sejam exercida dentro dos limites constitucionais. Montesquieu, ao postular a tendência do poder ao abuso e ao avanço até seus limites, antevê a necessidade do equilíbrio e do controle das instâncias de poder, propiciando um diálogo entre estes, visando uma atuação equânime e respeitosa às normativas vigentes.

De outra banda, Streck propõe o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, exigindo que a atividade interpretativa do Judiciário seja robusta e respaldada por argumentos coesos e constitucionalmente alicerçados. Assim, a abordagem do Judiciário não deve ser meramente procedimental, mas sim buscar uma justificação fundada na proteção de direitos, razão motora aos mecanismos de equilíbrio.

Desse modo, a atividade judicial conta com o mesmo compromisso que a legislativa e a administrativa, no passo em que deve atuar para a efetivação dos fins constitucionais, sobretudo os direitos inabaláveis e garantias pétreas inscritas a Constituição Federal. Por isso, uma lide em que se requeira a feitura de ação pelo Poder executivo deve ser decidida mediante a avaliação do sistema jurídico vigente, seus fins.

Assim, o Poder Judiciário deve atuar para proferir a resposta a um pedido de obrigação de fazer à administração pública municipal constitucionalmente adequada, respeitando o devido processo legal e as normas positivas, mas também considerando o cenário prático e as implicações reais da decisão nos direitos dos tutelados. Nesse passo, pode, e deve agir em contraponto à perspectiva majoritária, caso esta mostre ir de encontro à tradição e um espelhinho à integridade do ordenamento ou gozo de direito, que no âmbito nacional se percebe conferir imposição ao Estado na efetivação dos direitos dos cidadãos.

5. CAPÍTULO 4: ANÁLISE DAS DECISÕES

O caso elegido para que seja aferida a validade perante o critério da constitucionalidade, sobre o qual foi discutido na esteira deste estudo envolve uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado contra o Município de Imperatriz. A Ação Civil Pública é um instrumento processual de natureza coletiva, cujo objetivo é a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Este mecanismo é previsto na Lei nº 7.347/1985. É um exemplo prático da complexa discussão sobre a judicialização do poder executivo e sua legitimidade democrática.

A pretensão do MP foi a determinação de obrigações de fazer ao Executivo municipal. O objetivo foi melhorar as condições da saúde municipal, mais especificamente do Hospital Municipal de Imperatriz. Assim, foi requerida a instalação de um Gabinete de Crise, a elaboração de um Plano de Contingência e prestação de contas. Bem como a aquisição de equipamentos médicos, pagamento de fornecedores e prestadores de serviços, a implementação de leitos de UTI. Também demandou que o município bloqueasse valores de uma dotação orçamentária e redirecionasse esses fundos para a aquisição de insumos e pagamento de pessoal. Nesse interim, requereu suas pretensões em sede de tutela de urgência.

A fim de legitimar o pleito, o MP baseou-se em uma série de provas documentais que evidenciam a precariedade da situação do sistema de saúde local, com foco especial no Hospital Municipal. Essas, incluem relatórios detalhados, fotografias, denúncias da população, e denúncias feitas por credores, além de um representante político, vereador. Não bastasse, a juíza natural também participou de uma inspeção judicial no Hospital do Município, durante a qual foram encontradas mais de 70 irregularidades, que evidenciaram uma série de problemas físicos e operacionais

Ademais, foram relatados problemas relacionados ao pessoal, que incluem atrasos no pagamento dos salários dos médicos, provocando a escassez de profissionais e consequentes demoras na execução de procedimentos cirúrgicos. Há também relatos de pacientes custeando pessoalmente exames laboratoriais e de imagem em clínicas particulares, dada a falta desses serviços no hospital. Além disso, há uma insuficiência de fornecimento de materiais básicos, culminando em questões higiênicas e até na presença de baratas nas enfermarias.

Diante da solicitação do Ministério Público, a Prefeitura municipal se pronunciou, alegando ter realizado as devidas correções nas inconformidades identificadas. Contudo, no juízo da análise executada, não foi contemplado documento anexado ao processo que mostre substância à referida declaração. Isto é, a alegação da prefeitura não foi adequadamente respaldada por provas concretas pertinentes aos problemas apresentados, reais descumprimentos de direitos.

Também argumentou que, no que concerne ao requerimento de congelamento orçamentário, a Prefeitura de Imperatriz se posiciona dentro dos parâmetros exemplificados pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão – TCEMA, se fundamentando na Instrução Normativa nº 54/2018 do TCE-MA, que estabelece que os gastos direcionados para eventos festivos serão caracterizados como ilegítimos apenas quando o Município evidenciar uma eficiência reduzida na gestão da saúde ou da educação. Neste contexto, é considerada baixa eficiência uma taxa abaixo de 50%, ao passo em que na última avaliação, o Município pontuou 71%. Nesse interim, os autos seguiram para o juízo.

5.1. DA DECISÃO DO JUÍZO DE 1ª GRAU

Face à solicitação do MP, a juíza da 2ª vara da fazenda pública de Imperatriz prolatou decisão em que deferiu pedido, de modo que impôs condutas à administração municipal, obrigações de fazer, em sede de tutela de urgência.

Inicialmente, a juíza menciona que é possível sim se conceder tutela provisória de urgência contra o poder público, para tanto cita precedentes do STF, em que mitigam as restrições legais sobre a emissão de liminares contra o poder Público em casos de risco ou grave lesão à ordem, segurança, saúde e economia públicas.

Desse modo, é verificada a possibilidade de intervenção do Judiciário na execução de políticas públicas, especialmente quando há risco de violação de direitos fundamentais, como a saúde e a vida em questão no caso. No entanto, ressalta que tal intervenção não deve ultrapassar os limites impostos pela própria Constituição, de modo a não suprimir a margem lícita de discricionariedade do administrador público.

Assim, com vistas a assegurar a efetividade do direito à saúde, o magistrado concede a tutela de urgência requerida, impondo ao Município de Imperatriz uma série de obrigações, cujo bojo é a promoção dos direitos dos cidadãos dependentes do sistema de saúde.

A decisão impôs à Administração Pública Municipal a feitura de atos. Entre as determinações consta a exigência de manutenção do pagamento integral e ininterrupto a todos os fornecedores e prestadores de serviços do hospital, juntamente com a elaboração de um plano para regularização dos pagamentos em atraso. Além disso, determinou-se a implantação de mais 10 leitos de UTI. Ainda se determinou a aquisição de aparelhos e insumos médicos, atos compreendidos como essencialmente administrativos.

Além disso, proibiu qualquer redução no número de servidores e profissionais da saúde, bem como nos serviços oferecidos à população, bem como a realização de empenhos, bloqueio de uma pasta orçamentária do município, cultura, e seu remanejamento à pasta da saúde. Desse modo, houve o bloqueio dos valores que seriam destinados ao financiamento das festividades do Carnaval/2023, orientando que esses fundos fossem redirecionados para a aquisição de medicamentos, insumos e pagamento do pessoal.

Em sua fundamentação a magistrada ressalta que a alocação de recursos do orçamento deve ter como prioridade as políticas públicas que atendam aos objetivos fundamentais da Constituição. Desse modo, destacou um poder-dever do judiciário em garantir um provimento jurisdicional eficaz para proteger o direito ameaçado, incluindo a possibilidade de tomar medidas cautelares atípicas.

A análise judicial do caso não se depreendeu de interpretação amorfa de norma positiva aplicável, na verdade, fundou-se nos argumentos dos direitos protegidos e promovidos a partir das nuances fáticas verificáveis. A fundamentação da juíza em sua decisão baseou-se em uma avaliação criteriosa dos fatos concretos do caso, evidências tangíveis, fornecidas por múltiplas fontes, revelaram a realidade da infraestrutura hospitalar e da prestação de serviços de saúde à população.

A juíza então concluiu que a alocação de recursos do orçamento deveria priorizar as políticas públicas que atendem aos objetivos fundamentais da Constituição dos cidadãos à saúde e à vida.

Os elementos probatórios considerados na compreensão abrangem: relatórios minuciosos, fotografias, um vídeo, capturas de tela de denúncias publicadas em páginas eletrônicas de grande repercussão local, bem como denúncias realizadas por cidadãos e um representante político em variados canais de comunicação com a instituição ministerial. Bem como de provas que evidenciaram problemas operacionais e estruturais. Dentre as quais incluiu-se o inadimplemento do município em relação a

várias empresas contratadas para prestar serviços de saúde e a falta de equipamentos, insumos e profissionais essenciais.

Não fosse ainda, a magistrada esteve presente em vistoria ao Hospital Municipal, na qual constatou pessoalmente a conjectura. Desse modo, compreende-se que a fundamentação da decisão foi orientada por uma análise minuciosa da realidade fática e direitos incidentes, em detrimento de uma mera subordinação à literalidade da lei. Essa postura é reflexo de uma moderna abordagem interpretativa do Direito, que prioriza a efetivação de direitos e a promoção da justiça social.

Em conformidade com a jurisdição constitucional contemporânea, a decisão em tela entende que a intervenção judicial é legítima e necessária para garantir a supremacia da Constituição e a efetividade de seus princípios e regras, mesmo em um esquema democrático em que o administrador foi instituído por sistema representativo popular. Este entendimento, que se insere na linha da interpretação hermenêutica, defende que as decisões devem ser tomadas após uma análise cuidadosa e considerando o contexto.

A juíza, ao proferir a sua decisão, agiu de acordo com os princípios constitucionais fundamentais, demonstrando compromisso com o gozo dos direitos, como se deve esperar de um magistrado dentro de uma sociedade democrática, que se guia pela supremacia da Constituição.

Em paralelo, não contemplou a incidência da instrução normativa aludida pelo Município. Apesar de que, o TCE é o órgão competente e técnico capaz de deliberar acerca disso. Todavia, a decisão não se apegou à tal normatividade formalista, posto que voltou a compreensão para o ordenamento e o plano fático dos direitos.

Ao interpretar a norma, a juíza adotou uma abordagem que levou em consideração o todo jurídico, refletindo sobre o papel e a função da lei dentro do contexto maior da ordem jurídica. Desse modo a análise decisória do judiciário levou em conta não apenas o texto da lei e uma aplicação fria desatrelada à realidade fática, mas também fatos concretos e princípios constitucionais que informam e moldam a nossa compreensão do direito.

Em suma, a decisão da juíza parece legítima, vez que promoveu os valores constitucionais na forma dos direitos protegidos da população, saúde e vida. Interpretou a lei de maneira a servir de proteção proteger aos direitos fundamentais e promover o bem-estar social. Nesse sentido, a legitimidade da decisão judicial não

deriva da eleição democrática, mas da função que o juiz desempenha dentro do sistema jurídico de modo a promover as ações do governo, incluindo as do gestor, estejam em conformidade com a Constituição.

5.2. DECISÃO EM SEDE DE AGRAVO

Mediante a decisão anterior, houve agravo de instrumento interposto pelo município de Imperatriz contra o Ministério Público do Estado do Maranhão. O objetivo do município é reformar a decisão interlocutória anterior do juízo, que ordenou a empreender diversos atos.

O município alega litispendência, a existência de processos similares em tramitação na Justiça. Solicita também a suspensão dos efeitos da decisão agravada até a decisão final, no fim de evitar a transferência de fundos com destinação orçamentária específica, além do desbloqueio dos valores retidos do Fundo Municipal de Incentivo à Cultura e a execução dos atos determinados.

Ainda argumentou a impossibilidade de cumprir decisões judiciais desconectadas da realidade, que determinam obrigações sem considerar a situação organizacional do município.

Na decisão, o Desembargador considerou uma natureza eminentemente política na alocação de recursos, argumentando que tal prerrogativa é do Poder Executivo e que a intervenção do Poder Judiciário nesse domínio deve ser excepcional, somente ocorrendo nos casos em que a alteração orçamentária decorra do controle de norma substancial, como nos casos de descumprimento de índice constitucional de despesa.

Afirmou que a alteração da lei orçamentária por decisão judicial pode representar uma violação constitucional. Assim, ressaltou o fenômeno crescente da judicialização das políticas públicas. Segundo o magistrado, realocações de recursos públicos por determinações judiciais aproximam-se de atividade legislativa orçamentária, que não é função do Poder Judiciário, mas do Legislativo.

Assim, dispõe que a decisão agravada, em seu entendimento, viola a discricionariedade administrativa dos gestores públicos. Conclui então que o bloqueio da verba da pasta Cultura e vedação às vésperas das festividades carnavalescas não contribui para a solução do grave problema na saúde, enquanto cria outras questões orçamentárias, financeiras e administrativas a serem resolvidas pelo Município.

O desembargador decidiu em favor do agravante, Município de Imperatriz, suspendendo a decisão de primeira instância. Reconheceu a discricionariedade dos gestores públicos no exercício da administração atentando para as funções dos diferentes poderes do Estado.

Em paralelo, indicou que a atuação do Judiciário, embora importante na efetivação dos direitos, deve respeitar os limites impostos pela Constituição Federal, não usurpando funções dos demais poderes, principalmente na definição de políticas públicas em tutela de urgência, cujos efeitos podem ser irreversíveis.

5.3. DECISÃO DO STJ:

Frente à suspensão da sentença de 1º grau, o MP recorreu mediante o STJ. A incumbência recaiu a ministra presidente Maria Thereza de Assis Moura. O *parquet* intentou restabelecer os efeitos da sentença do juízo da 2ª vara da fazenda de imperatriz. Para tanto, argumenta que a decisão de segunda instância permite ao município continuar a desrespeitar e negligenciar os serviços de saúde, particularmente no Hospital Municipal de Imperatriz.

O requerente sugere que esta situação está em desacordo com a dignidade humana, os direitos fundamentais à vida e à saúde, e o interesse público. Por fim, o requerente pede que a liminar concedida no agravo de instrumento seja suspensa, e que os efeitos da decisão de primeira instância sejam restaurados

Iniciando a análise, a Ministra explica que o objetivo de uma medida como a suspensão de liminar não é analisar o conteúdo jurídico da decisão, mas sua potencialidade para causar dano ao interesse público. Nesse sentido, a Ministra enfatiza que a suspensão de uma decisão judicial requer evidências concretas de que há uma ameaça grave e iminente à ordem, saúde, segurança e/ou economia públicas tais quais previstos na CF.

A Ministra ressalta a responsabilidade do Ministério Público em zelar pelo efetivo respeito aos direitos garantidos na Constituição, bem como o papel do Estado na garantia do direito à saúde,

À luz dos princípios consagrados no direito, a relatora vem proferir o parecer sobre as conclusões alcançadas pela Ilma. julgadora, na instância inferior, valorando os argumentos fundamentados da sentença proferida em primeiro grau,

bem como a compreensão dos elementos fáticos e jurídicos que foram submetidos à sua apreciação.

Portanto, a relatora, levando em consideração a competente fundamentação exarada pela nobre Julgadora de 1º grau, bem como a situação concreta manifesta pelo conjunto probatório analisado na 1ª instância, está propensa a ratificar a decisão de 1º grau, considerando-a de acordo com os ditames legais e em consonância com a justiça do caso em apreço.

A ministra valida a necessidade de intervenção do Poder Judiciário local, reforçando que a gravidade da situação justifica medidas drásticas. Essas medidas podem englobar desde ações para melhorar o gerenciamento e a infraestrutura do hospital, até medidas mais extremas como a intervenção direta na administração. Ela reconheceu a gravidade do caso, validando a necessidade de intervenção do Poder Judiciário local, e justificou a adoção de medidas drásticas em função da situação crítica do hospital.

Essa abordagem valorativa do direito é fundamental para garantir que as decisões judiciais reflitam as demandas e necessidades reais da sociedade, contribuindo para a justiça social e a efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, a ministra demonstrou uma interpretação jurídica contextualizada e sensível às peculiaridades do caso, ultrapassando a rigidez do positivismo formalista. Ao passo em que, determinou o reestabelecimento das disposições sentenciadas em sete de tutela de urgência no 1º grau.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se na pesquisa perceber as circunstâncias que conferem validade democrática nas respostas judiciais às contendas da espécie, infringentes ao Poder Executivo. Nesse fim de compreender como é constatada a legitimidade e as condições de validade dessas decisões, foi esboçado o contexto da judicialização nas democracias, bem como exposições pertinentes acerca do controle ao Poder Executivo brasileiro.

Em detrimento das informações levantadas e dos conceitos doutrinários estudados frente ao questionamento, pôde se aferir que a postura dos intérpretes da lei, seja do poder executivo o poder judiciário, tendo em vista as transformações no direito que foram inclusive incluídas ao ordenamento nacional, é completamente vinculada e obrigada à Constituição.

Tudo isso depreende-se da movimentação do Direito nas sociedades ocidentais. Essa tendência se mostra desde o surgimento do Estado de Direito e da Legalidade até a evolução ao Estado Constitucional de Direito democrático. Mostra-se através do redescobrimto da função do Estado e da Norma jurídica. Estes passam a ter como fim mor e razão de ser a promoção do gozo dos direitos dos indivíduos, sobretudo da dignidade da pessoa humana.

É fato que a Constituição Federal de 1988 adota expressivamente os valores trazidos pelo novo paradigma constitucional no Direito. Isso é verificável nas várias previsões em que são expressamente dispostos princípios e valores. Todavia, incidem no ordenamento nacional ao passo em que foram abarcados pela CF, dentro do ideal do neoconstitucionalismo professado a partir da CF de 1988.

Quer dizer que em toda atividade estatal, a vista da mudança ocorrida a partir da instituição do Estado de Direito, passa a ser regrada, não mais pela legalidade como foi concebida inicialmente, mas sim pelo que podemos chamar de constitucionalidade. Essa característica incide de modo em que inclusive transcende as posições positivadas até mesmo na Carta Magna. Isso desempenha-se para que o Direito venha a conferir aos cidadãos a proteção necessária perante o estado e seus

representantes, pautando-se ideais como a dignidade da pessoa humana e a equidade.

Nesse interim, a nova compreensão acerca do direito suas fontes e fins requer que a decisão judicial, proferida no âmbito de lides que buscam compelir o Poder Executivo à prática de atos, deve necessariamente ser deliberada sob o prisma da constitucionalidade. Não só da constitucionalidade dos fundamentos aplicáveis, mas inclusive do resultado prático da decisão. Essa obrigação resta inclusive disposta na LINDB.

Esses deveres impostos pelo quadro do direito constitucional advindo dos avanços políticos passados pelo Estado são de natureza vinculada as atividades públicas. Tudo isso decorre do ideal de proteção ao cidadão, em que pesem direitos individuais e ideias coletivos sociais e políticos. Os direitos fundamentais constituem um marco referencial essencial da estrutura constitucional democrática e representam a essência dos compromissos democráticos consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, é imprescindível que as decisões judiciais, especialmente aquelas que impactam diretamente as ações do Poder Executivo, sejam proferidas levando em consideração os limites e prerrogativas estabelecidos pela Constituição. Isso assegura não apenas a legalidade e legitimidade da decisão judicial, mas também a manutenção do ideal de integridade e coerência do ordenamento.

Portanto, compreende-se que as condições de legitimidade de decisões dessa espécie verificam-se no cumprimento efetivo das disposições constitucionais, de modo que imponham à realidade a incidência desses preceitos. Isso pode se desempenhar seja no controle de constitucionalidade de atos do Executivo ou até mesmo do processo legislativo.

O processo analisado neste estudo, através de 3 decisões, demonstra uma situação em que o Poder Judiciário se vê na posição de assegurar o cumprimento do mínimo existencial, isto é, a garantia de um adequado e eficaz serviço público de saúde. Nesse sentido, atua inclusive para garantir a constitucionalidade da conduta administrativa.

A intervenção do Judiciário neste caso, longe de representar uma violação ao princípio da separação dos poderes, representa uma expressão do equilíbrio constitucional e do compromisso do Estado em assegurar os direitos fundamentais. Isso pois, toda atividade estatal contém a responsabilidade de promover os valores

constitucionais. Nesse interim, cabe ao judiciário impor tais cumprimentos à atividade de outros Poderes, em que pese demonstrar-se conjectura contra majoritária, sendo essa sempre a resposta correta às contendas controversas.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; BAZZANELLA, Sandro Luiz. **A judicialização da política como fenômeno do neoconstitucionalismo e os limites da democracia representativa**. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 151-171, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8175>.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em: 10 set, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo, **Do Estado Liberal Ao Estado Social**, 7 ED. Malheiros, São Paulo, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2023
- BRASIL. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. **Institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão nº SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 3243 - MA (2023/0044575-0)**. Brasília, 17 de fevereiro de 2023. Decisão. Brasília, 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DECISÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 37.097/ DF**. Relator: ALEXANDRE DE MORAES. Brasília, 29 de abril de 2020. Brasília, . Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4_D36E4A3037994E_MS37097MC.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070** Distrito Federal. Relator: GILMAR MENDES. Brasília, DF, 18 de março de 2021. Decisão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf> Acesso em: 26 abr. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** . 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020
- Dworkin, Ronald; **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Nelson Boeira.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição: die normative kraft der verfassung**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 f. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes
- Lenza, Pedro, **Direito Constitucional esquematizado**– 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.
- MARANÃO. 2ª Vara da Fazenda Pública de Imperatriz. Decisão de 1ª Instância nº 0801825-64.2023.8.10.0040. Imperatriz, 07 de fevereiro de 2023. Decisão. Imperatriz, 2023.
- MARANHÃO. TJMA. Decisão nº AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0802491-88.2023.8.10.0000. São Luís, 13 de março de 2023. Decisão. São Luís, 2023.
- Mascaro, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

Mazza, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.
MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em:
https://www.academia.edu/38598637/DIREITO_ADMINISTRATIVO_MODERNO_DIREITO_ADMINISTRATIVO_MODERNO. Acesso em 29.abr.2022

Meirelles, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 41. ed. São Paulo : Malheiros, 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Morais, José Luís Bolzan de; Streck, Lênio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

NERY JÚNIOR, C. J. B. **Breve história do princípio da separação dos poderes nos paradigmas do Estado de direito**. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1–23, 2020. DOI: 10.35699/2525-8036.2020.14786. Disponível em:
<https://periodicos.ufmg.br/index.php/revise/article/view/e14786>. Acesso em: 12 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Método, 2021

PELICIOLOI, Ângela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 169, n. 43, p. 21-30, 2006. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

Rocha, Leonel Severo; Streck, Lênio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005.

SILVA, Flávio Olímpio Neves. **Comentários à lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão**. São Luís: 7 Cores LTDA, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lênio. **O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo**. Revista do CEJUR/TJSC, Florianópolis, v. 1, n. 1,dez., 2013. disponível em:
<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>. Acesso em: 26 agosto de 2022.

Streck, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

Streck, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TCE/MA (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MARANHÃO). **Instrução Normativa TCE/MA nº 54, de 31 de janeiro de 2018**. Diário Oficial do Estado, São Luís, MA, 31 jan. 2018. Disponível em:
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjs-OPN-L7_AhWvkZUCHQS_DQ0QFnoECAwQAw&url=https%3A%2F%2Fbancodeprojetos.cnmp.mp.br%2Fresources%2Frest%2Fprojeto%2Fanexo%2F9982&usq=AOvVaw1DDL8MKCsoPKMfxP5x6KEK
Acesso em 02 de junho 2023.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.