

## Questão Discursiva 03955

No modelo de Estado trazido pela Constituição Federal de 1988, muitos direitos coletivos em sentido amplo — como o direito à saúde e à educação — dependem para a sua efetivação, em grande medida, de políticas públicas. Assim, a discussão a respeito da tutela jurisdicional desses direitos passa pelo debate sobre a possibilidade e os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Considerando as informações acima como referência inicial, discorra sobre a relação entre controle judicial da discricionariedade administrativa e os seguintes temas:

1. as diferenças entre o positivismo formal e o pós-positivismo;
2. as possibilidades e os limites do controle jurisdicional do mérito administrativo.

### Resposta #007079

Por: VSN 7 de Junho de 2022 às 10:12

O controle judicial da discricionariedade administrativa não ofende o princípio da separação dos poderes. Isso porque, para a concretização dos direitos sociais, essencial que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.

Nesse ponto, essencial destacar as diferenças entre o positivismo formal e o pós-positivismo. O positivismo formal é uma postura filosófica que destaca a importância da objetividade e da necessidade de estudar os componentes observáveis. Disso resulta separação do direito das demais ciências. O pós-positivismo, por sua vez, é a base estrutural do pensamento constitucional atual (neoconstitucionalismo), cujos valores ingressam no sistema jurídico por intermédio dos princípios com o intuito de permitir a tomada de decisões com base em parâmetros de justiça. Com isso, visa buscar compatibilidade do sistema jurídico com os anseios sociais.

Assim, no modelo constitucional contemporâneo, o controle judicial da discricionariedade administrativa ganha relevância em virtude das considerações principiológicas viabilizadas pelo pós-positivismo.

Nesse sentido, essencial a compreensão em torno das possibilidades e dos limites do controle jurisdicional do mérito administrativo.

Com efeito, tanto o STF quanto o STJ reconhecem que, em casos excepcionais, é possível esse controle judicial quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarretar grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição. Nesse casos, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de implementar os valores constitucionais e assegurar o mínimo existencial sem incorrer em ofensa à o princípio da separação dos poderes.

O controle jurisdicional do mérito administrativo encontra limite na teoria da reserva do possível, a qual, em sua acepção clássica, estabeleceu que os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar do Estado, que mesmo possuindo recursos e tendo poder de disposição, não tem a obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites da razoabilidade.

No ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível é adstrita ao âmbito do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto a efetivação de direitos fundamentais sociais, a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Entretanto, conforme pacífico nas Cortes Superiores, não havendo comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

### Resposta #007095

Por: Rodrigo Guimarães 17 de Junho de 2022 às 09:46

No positivismo formal, o juiz deveria se ater à lei, não se admitindo que ele desempenhasse uma atividade criativa. No pós-positivismo, o juiz poderia se valer de princípios jurídicos, que foram alçados à condição de norma jurídica, ao lado das regras jurídicas. Assim, os princípios elencados na Constituição passaram a ter força normativa. Dessa forma, de acordo com o positivismo formal, caso não houvesse regras que garantissem uma dada prestação ao cidadão, o juiz não poderia intervir na atividade administrativa para assegurá-la. Porém, de acordo com o pós-positivismo, caso essa prestação decorra de um princípio elencado na Constituição Federal, o juiz pode determinar sua concessão, porque os princípios passaram a ter força normativa. Nesse sentido, o equilíbrio entre os poderes não implica uma total separação entre eles, senão que rege entre nós o sistema de freios e contrapesos previsto por Montesquieu, em que um poder tem o papel de frear eventuais abusos praticados pelos outros poderes, para que eles convivam de forma harmônica.

O juiz pode intervir no mérito administrativo em casos de ilegalidade, ou seja, quando a atividade do administrador transbordar a moldura estabelecida pela lei, deixando de atender o mínimo disposto pelo legislador. Assim, o juiz pode intervir, a partir dos paradigmas do positivismo formal e do pós-positivismo, quando a atividade do administrador descumprir uma regra ou um princípio jurídico, ambos elencados à categoria de normas jurídicas, e tal descumprimento ocorrerá quando o administrador não conceder o bem da vida quando preenchidos os requisitos trazidos pela regra ou pelo princípio, configurando-se uma proteção deficiente ao cidadão, quando reunidos os requisitos para o gozo de um direito, não lhe for disponibilizado. Assim, não cabe ao administrador deixar de atender um imperativo constitucional ou legal, ou seja, em situações em que não lhe cabe decidir se uma prestação deve ou não ser fornecida pelo poder público, ou seja, em situações em que a atuação administrativa é vinculada, ou, quando discricionária, transborda os limites que o ordenamento jurídico

estipula.