**Fórum Administrativo - FA**
Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008

|  |
| --- |
| Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Princípio da Reserva do Possível: uma Discussão em Torno da Legitimidade das Tomadas de Decisão Público-Administrativas |
| **Cristiana Fortini** **Lúcio Antônio Chamon Junior** |
| **Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais. Princípio da reserva do possível.  Um dos grandes desafios pelo qual a Teoria do Direito passa, e ainda passará por muito tempo, é a construção de concepções jurídico-normativas coerentes com a prática legítima do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que diz respeito a problemas afetos à Administração Pública. Aqui, não retornaremos a discutir abertamente qual compreensão do Direito deve estar subjacente à prática jurídica da Modernidade (CHAMON JUNIOR, 2007a). Isso será feito de maneira integrada aos problemas e questões pontuadas ao longo deste texto.Uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, capaz de assumir reflexivamente os supostos e insuficiências dos paradigmas liberal e de bem-estar do Direito e do Estado Democrático de Direito, implica muito mais que o *discurso* da assunção do Direito como um sistema idealmente coerente de princípios. Significa assumir a complexidade da prática jurídica, tanto no que diz respeito a questões anteriormente pacificadas em decisões jurisdicionais, como também no que tange a novas questões, seja porque revisitadas, seja porque não problematizadas anteriormente. Afinal de contas, o Direito é capaz de se autopurificar (DWORKIN, 1986), aprendendo com seus equívocos do passado e realizando a partir das igualdades já reconhecidas diferenças capazes de se redundarem em novas igualdades.Nesse sentido é que devemos compreender que o Direito há que ser enxergado como dotado de uma *ambição*, qual seja, a de reconhecer a todos, e indistintamente, iguais direitos fundamentais na maior medida possível. Isto significa dizer que a modernidade do Direito moderno, isto é, seu caráter moderno, está indissociavelmente atrelado ao discurso e prática de inclusão e reconhecimento das diferenças na pluralidade. O que cada paradigma jurídico levanta como problema e projeto, ainda que também de maneira não tão bem explicitada porque subjacente, é a realização do ideal jurídico da Modernidade, a busca desse reconhecimento indistinto dos direitos fundamentais a todos em face de suas respectivas especificidades e casos concretos. O paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito pode ser assumido como uma melhor compreensão da prática jurídica da Modernidade porque é capaz de oferecer respostas na consecução desse ideal que os paradigmas liberais e de bem-estar foram incapazes ou levados a esbarrar em seus próprios limites e contradições (CHAMON JUNIOR, 2008).É, inclusive, a partir desses pressupostos que devemos interpretar qual é o sentido normativo quando a Constituição da República de 1988 estabelece que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".Isso implica muito mais que uma *ordem* orientada ao legislativo, ao judiciário ou ao executivo. É claro que não podemos ignorar que um dos sentidos que se pode atribuir a tal preceito está na conclusão pela eficácia das normas que salvaguardam os direitos fundamentais, a impedir não apenas a edição de leis que contrariem a norma constitucional, mas, exatamente pelo contrário, elaborem textos legislativos que contribuam para concretizá-la no sentido daquela autopurificação acima pontuada.Por outro lado, a existência da norma acima transcrita também vincula o administrador público e o magistrado, impondo-lhes o necessário apego à regra constitucional, de forma a que todos os atos estatais rendam o devido respeito a tal dispositivo constitucional.E qual a razão de tal exigência? Uma resposta convencionalista aqui se faz insuficiente, isto é, afirmar que devemos obedecer a tal dispositivo tão-somente porque fora incluído pelo constituinte no texto constitucional de forma a pretensamente vincular a atividade legislativa, executiva e judiciária é não vislumbrar adequadamente a complexidade e profundidade desta questão.A ausência de tal dispositivo poderia até se fazer presente e nossa compreensão do Direito, e da aplicabilidade dos direitos fundamentais, em nada deveria se alterar. Isso porque quando se assume o Direito como um sistema de prin- cípios, capazes de em cada caso apresentar *uma* resposta correta e capaz de satisfazer as exigências de liberdade e igualdade *naquele* caso, à luz dos argumentos apresentados pelos concretos afe- tados, perante as provas, partes e juiz concretos, já estamos a pressupor que os princípios jurídicos, *porque são normas jurídicas*, na superação de uma visão positivista e convencionalista do Direito, têm aplicabilidade imediata (DWORKIN, 1986; HABERMAS, 1998; CHAMON JUNIOR, 2008). A questão é enxergar, descobrir, desvelar, na tomada dos direitos fundamentais a sério, qual é a solução que é capaz de adequadamente, na assunção dessa rede normativa que é o Direito, realizar o ideal de iguais direitos fundamentais em face dos afetados pelas decisões jurisdicionais e administrativas pontuais, bem como também, embora em outra lógica, legislativas.Destarte, a aplicabilidade dos princípios garantidores dos direitos fundamentais decorre não de *um* dispositivo constitucional. Embora este possa ser, e efetivamente o é, uma peça argumentativa importante no reforço da garantia dos direitos fundamentais, porque não devemos esquecer a dimensão histórica na qual todo texto constitucional está mergulhado quando de sua construção, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais decorre de algo subjacente ao Direito da Modernidade, o que seja, e uma vez mais, a consecução do ideal de realização e garantia de iguais direitos fundamentais a todos os concidadãos.Os paradigmas liberais e de bem-estar do Estado Democrático de Direito eram cegos a questões normativas que hoje nos são claras, foram incapazes, por seus respectivos supostos compreensivos, de assumir a complexidade do Direito para além das *convenções pactuadas* legislativa, administrativa ou jurisdicionalmente; o paradigma liberal por ignorar as diferenças que faziam as diferenças, e o paradigma de bem-estar por tentar incluir a diferença sob a ótica da eficácia, substituindo discursos normativos por discursos de eficiência, instrumentalizando, muitas vezes, a compreensão e concretização dos direitos fundamentais, sobretudo no árduo campo da Administração Pública. A compreensão procedimental que aqui defendemos supera esse convencionalismo entendendo, de um ponto muito particular, a juridicidade do próprio Direito.Assim, e dentro deste contexto normativo, é que devemos entender que tanto o administrador público não pode perder de vista que sua conduta há de se amoldar ao previsto no art. 5º, §1º do texto constitucional, quanto o magistrado, uma vez provocado, deve atuar como instância garantidora do cumprimento de tal comando, porque se trata da satisfação do que o Direito moderno exige em face dos mais variados casos concretos.Entretanto, ainda subsiste a discussão acerca das possibilidades e dos limites para que o Judiciário ordene a realização de alguma medida capaz de concretizar os direitos fundamentais, determinando, por exemplo, a construção de moradias populares, de estações de tratamento de esgoto ou o fornecimento de medicamentos. Cabe-lhe, em face do argüido em cada específico caso, *criar* políticas públicas ou *examinar* para ajustar constitucionalmente aquelas já existentes e que resultaram de manifestações compartilhadas entre Poder Executivo e o Poder Legislativo?Tal questionamento assume papel de destaque nos dias de hoje em que se percebe um aumento das demandas de concretização de direitos fundamentais apresentadas perante o Estado, incremento que pode ser reconhecido como um desdobramento do próprio Direito, no sentido de sua democratização e, portanto, maior acessibilidade ao aparato jurisdicional, conhecimento e problematização, portanto, dos direitos fundamentais. Trata-se de decorrência de um processo contínuo, e não sem rupturas, de fortalecimento de uma esfera pública democrática.Nesse contexto, sabe-se que os estudos e a prática na órbita do Direito Administrativo, longe de pacificarem a questão, ao menos a colocam em patamares distantes dos de outrora, quando se entendia que ao administrador e ao legislador reservava-se um espaço para a criação de polí- ticas públicas a seu talante, o que inibia qualquer sorte de controle judicial.Nem mesmo a suposta evolução oriunda da Teoria dos Motivos determinantes teve o condão de solucionar a questão. Ao contrário. A teoria dos motivos determinantes não afirmou a necessidade de motivação dos atos discricionários, mas apenas considerava possível a anulação destes atos quando alicerçados em bases irreais, equivocadas e fictícias. Assim, ainda se reservava ao administrador público decidir pela motivação ou não de seus atos discricionários, explicitação que, via de regra, não ocorria, porque logicamente ao administrador público poderia não interessar a explicitação dos fundamentos da conduta realizada, já que exposição poderia propiciar a anulação do ato discricionário.Em verdade, uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito não se compatibiliza com condutas desprovidas de fundamentos jurídicos capazes de serem enfrentadas como frutos da busca por uma coerência normativa na busca e efetividade desses direitos fundamentais.Toda a ação estatal só pode prosperar à medida que lastreada em razões capazes de lhe conferir legitimidade. E a legitimidade do Direito moderno está intrinsecamente conectada à questão de podermos, simultaneamente, nos vislumbrarmos como destinatários e co-autores do Direito, razão pela qual a busca pelo reconhecimento de iguais direitos fundamentais na maior medida possível é mais que um mero *acidente* de nossa Constituição, trata-se, a bem da verdade, da noção nuclear do Direito, que mereça tal título, na Modernidade.Impõe-se ao Direito Administrativo a atuação menos verticalizada, mais procedimental. Apropriadas são as palavras de Ruy Cirne Lima, para quem a administração é a "atividade de quem não é senhor absoluto".[1](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=93&ps=s&pdiCntd=55581" \l "ref1) Assim, não há espaço para o agir administrativo descompromissado com as idéias de participação, transparência, controle, ampla defesa e contraditório (FORTINI, 2007).Só há democracia quando se escuta e se dialoga com o cidadão, permitindo-lhe influir nas deliberações administrativas.O processo administrativo surge como mecanismo de "domesticação da atuação administrativa", nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho,[2](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=93&ps=s&pdiCntd=55581" \l "ref2) ou como forma de vivificar as ações administrativas.No sentido da construção e respeito dessa legitimidade, e em sede especificamente agora administrativa, o princípio da motivação cumpre o papel de "exteriorização formal das razões de decidir", não só como forma de conferir transparência à Administração Pública, uma vez que a legitimidade da própria decisão depende da possibilidade de convencimento comunicativo, no enfrentamento imparcial dos argumentos e provas construídos pelas partes, assim como também permitir ao particular o devido exercício do seu direito de defesa, amputado que ficaria se ausentes os fundamentos das decisões administrativas, questão esta co-implicada no que tange à própria legitimidade da decisão.Não se pode ignorar que o ideal de legitimidade discursiva do Direito, pois, ideal de validade ou racionalidade, *exige* a apresentação das razões *públicas* que conduziram à decisão pela prática, ou não, de certo ato administrativo, porque quem administra a coisa pública, ou quem jurisdicionalmente decide sobre a mesma, há que tomar decisões sobre direitos e deveres que não são privados, isto é, que não lhe são *próprios*, não estando, pois, disponíveis por razões afetas à autonomia privada, embora em muitas vezes possam *garantir* o exercício da autonomia privada dos concidadãos. Isto implica dizer que embora o Direito garanta espaços privados de ações estratégicas, capazes de garantir aos cidadãos campos de justificação pessoal do exercício, ou não, de seus direitos como afetos a questões de valores subjetivos (axiologicamente motivadas), de justiça (moralmente motivadas) ou de eficácia (pragmatisticamente motivadas), no campo da Administração Pública, tanto o administrador como a autoridade jurisdicional, no exercício imparcial e público de suas funções, não podem se valer de argumentos *privados* para enfrentar questões *públicas* (HABERMAS, 1992; CHAMON JUNIOR, 2007b).A legitimidade de sua decisão, atrelada invariavelmente também ao problema da imparcialidade e motivação de seus atos aderidos àquilo processualmente debatido nos casos em questão, está, portanto, vinculada à autopurificação do Direito no desdobramento de seu ideal de igual reconhecimento de direitos fundamentais a todos e na maior medida possível.Isto implica superar uma lógica *axiológica* e *pragmatista* típica e reiteradamente empregada pelo paradigma de bem-estar do Estado Democrático de Direito, qual seja, a busca por aquilo capaz de satisfazer *eficazmente* o *bom*. Deve ser superada por uma lógica normativa, capaz de suplantar espaços abertos à *discricionariedade* e ao *decisionismo* do administrador público e da autoridade jurisdicional, definitivamente não competentes para decidir sobre o *bom*, a partir do que instrumentalizariam a máquina pública para a realização de um projeto ético particular e não juridicamente universalizável no igual respeito das autonomias privadas, mas dotados da função de executar e garantir o *normativamente devido* em face dos mais variados casos.Logo, não apenas o art. 93, inciso X, mas todo o contexto constitucional da Modernidade traz subjacente, no seio de sua luta pela legitimidade argumentativa, a imperiosidade da motivação imparcial e publicamente sustentável das decisões administrativas e jurisdicionais, que, inclusive, funcionalmente pode ser especificamente no campo da Administração Pública assumida como mecanismo de frenagem e controle do administrador. Por meio da verificação dos motivos, ou razões, realiza-se um "controle de legalidade", isto é, um controle da *juridicidade* no sentido de se manter constante e em alerta a defesa da forma jurídica moderna, de sua legitimidade, enfim, da própria racionalidade normativa do Direito.É nesse sentido que podemos perceber que a motivação também nos permite exercer um controle da legitimidade normativa dos atos da Administração Pública, de forma a checar o ato em face do Direito assumido como um sistema idealmente coerente de princípios, ou seja, em face da complexidade normativa do Direito na busca da sempre e árdua decisão do caso concreto capaz de se adequar ao ideal de devido desdobramento, publicamente sustentável, de iguais direitos fundamentais a todos os afetados pelas decisões. Aqui se casam, portanto, tanto a exigência da motivação, ou fundamentação, das decisões administrativas e jurisdicionais como a assunção de que as normas constitucionais não são programáticas ou realizáveis por otimização, ou aproximação, como boa parte da doutrina brasileira ainda sustenta, mas sim como sentidos que devem ser assumidos como interpretáveis à luz dos mais diversos casos a serem enfrentados.O parágrafo único do art. 2º, inciso VII, da lei de processo administrativo federal acompanha a sofisticação da doutrina e da jurisprudência, e a exigência do Direito da Era Moderna, ao prever a exigência da motivação nos processos administrativos, quando determina que nos mesmos será observada a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.A ausência de motivação poderá conduzir à invalidação do ato administrativo e do processo administrativo como um todo, uma vez que as garantias processuais não estão à disposição dos administradores públicos, nem das autoridades jurisdicionais. Isto implica dizer que não está à disposição dos funcionários públicos, nem dos nossos representantes, decidir sobre "o como" decidir. A estrutura comunicativa do Direito, atrelada às dimensões hermenêutica e pragmática-universal, exige-nos, na garantia da racionalidade e, pois, legitimidade das decisões, o respeito a algumas condições, dentre as quais a motivação ou fundamentação dessas mesmas decisões, uma vez que temos que assumi-las como fruto de um processo de esclarecimento e convencimento argumentativo, e não como imposição da *força* ou *violência* em detrimento dos sujeitos privados.Portanto, se é uma exigência a ser cumprida e aplicada nos processos administrativos, a motivação não pode ser restrita a apenas algumas espécies de atos administrativos, mas obrigatória em relação a todos os atos em geral. Assim, a despeito da redação contida no art. 50 da Lei de Processo Administrativo, defendemos a indispensabilidade e ampla necessidade de respeito e aplicação deste princípio constitucional, que decorre de exigências argumentativas próprias da forma jurídica moderna e de seu ideal de reconhecimento de iguais direitos fundamentais a todos.[3](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=93&ps=s&pdiCntd=55581" \l "ref3)Logo, é indiscutível, sobretudo em um contexto paradigmático capaz de rever criticamente as heranças do passado para com elas aprender e superar suas incapacidades, que o controle das políticas públicas pelo Judiciário não só pode ser implementado como é uma *exigência* normativa do constitucionalismo moderno, e aqui, a partir do controle dos motivos, ou razões, que lastreiam as políticas públicas. Do contrário, como garantir a todos os cidadãos o respeito a razões públicas na determinação e consecução das políticas públicas?Embora a prática e as discussões em torno do Direito Administrativo constantemente vêem esbarrando no constante reconhecimento ao administrador público, aqui ou acolá, um grau de discricionariedade, devemos superar essa compreensão rumo a uma sofisticação da prática da Administração Pública, sem com isto alijá-lo das decisões executivas, fazendo-o substituir pelo Juiz.Do ponto de vista da *Filosofia e Teoria do Direito*, a atuação discricionária jurisdicional ou administrativa implicaria o reconhecimento de uma "bolha" ou "espaço" no qual o administrador público, ou a autoridade jurisdicional, não estariam normativamente vinculados por não existir uma norma que determinaria um "fazer" ou a obrigatoriedade do reconhecimento de um direito subjetivo.No contexto de uma Alta Modernidade, não podemos mais incorrer nos equívocos que o positivismo jurídico, e sua compreensão convencionalista do Direito, que por tanto tempo abriu espaço para uma não atuação "certa" e enxergada como "devida" por parte não só da Administração Pública como também do Judiciário. Os paradigmas jurídicos anteriores, presos a compreensões que ressaltavam o caráter convencionalista do Direito, seja como herança da Escola da Exegese ou mesmo da Escola do Direito Livre, cada qual ao seu modo, para não falar do próprio positivismo jurídico, foram cegos ao caráter principiológico do Direito, o que inevitavelmente levou a prática jurídica a reconhecer "lacunas" como espaços em que, pelo silêncio do Legislativo, demandariam dos administradores e juízes uma atuação ativa, *preenchendo* tal espaço que a legislação foi incapaz de preencher pela incapacidade de prever ou propositadamente. A isso Kelsen já fazia referência no Capítulo 8 de sua *Reine Rechtslehre* (KELSEN, 1997) ao discorrer sobre a interpretação jurídica. O problema de sua compreensão, herdeira da tradição jurídica de autores como Laband, Jellinek e Thor ao mesmo tempo em que inspiradora de seus sucessores, foi abrir margem para que o aplicador do Direito, quem quer que ele seja, em se deparando nessas situações de *indeterminação normativa* decida o caso de maneira aparentemente "livre" em razão do Legislativo ter-lhe autorizado tal atuação, seja por não tê-la previsto, seja por propositadamente ter destinado ao seu ofício o encargo de determinar as soluções não tomadas em abstrato.A questão é que não mais podemos perceber o Direito como um sistema de normas convencionadas e que deixariam não abarcadas determinadas situações. Se é claro que o Legislativo é cognitiva, temporal e contingentemente limitado, o que necessariamente implica a impossibilidade de prever as mais variadas situações, bem como auto-regular a aplicação das normas então criadas, isso não significa que para *todos* os casos, envolvendo a Administração Pública, ou não, *há sempre uma única resposta capaz de ser assumida como a adequada, ou correta, para o caso*.Não podemos também incorrer nos riscos de uma argumentação como a de Robert Alexy, a defender a decidibilidade dos casos vislumbrando os princípios como comandos otimizáveis, realizados, portanto, de maneira *aproximativa* diante das *limitações* apresentadas pelo caso (ALEXY, 2002). A questão é que vislumbrar os princípios como comandos otimizáveis mantém a compreensão do Direito presa à compreensão paradigmática de bem-estar, substituindo a lógica normativa por uma lógica da *eficiência*, fazendo com que as decisões sejam decisões pragmático-utilitaristas a despeito de se tratar de uma fundamentação ou motivação ilegítima, porque inadequada, da salvaguarda, execução e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Dessa maneira, o administrador público, bem como a autoridade jurisdicional chamada a checar sua atuação, não deve se assumir como métrica particular do que seja "proporcional" ou "razoável" em face de um caso. Não podemos exigir das autoridades públicas tal fardo pela própria impossibilidade de, em discursos de aplicação normativa, ser absolutamente incongruente com o ideal de imparcialidade exigir que alguém decida sobre a *proporcionalidade* ou *razoabilidade* de algo. Dizemos isso no mesmo sentido em que, agora no campo do Direito Penal, extremamente problemáticas se tornam afirmações em torno da *insignificância penal* de determinada conduta.O que está em jogo, nesse debate, que deve ser aprofundado criticamente, é uma adequada teoria sobre a separação dos poderes em um Estado Democrático de Direito. Estamos todos de acordo no sentido de que a autoridade jurisdicional não pode assumir o *locus* e a função do administrador público; como também ambos não podem assumir a função legislativa. Decidir sobre a "proporcionalidade", "razoabilidade" ou "insignificância" de algo é assumir em sede de *aplicação* normativa e esse é o debate em questão argumentos cuja lógica axiológica, moral e/ou pragmatista somente podem ser determinantes em processos legislativos de tomadas de decisão coletivamente vinculantes (CHAMON JUNIOR, 2006). Do contrário, a Administração Pública e a Jurisdição estariam passando por cima da própria democracia, transformando razões sempre particulares, por mais que se pretendam "públicas", em motivos ou razões capazes de criar "direitos" inexistentes ou não reconhecer direitos normativamente *devidos*.A questão muda de foco quando passamos a perceber que se deve decidir não sobre o razoável, proporcional ou insignificante, mas sim sobre o *devido* em face do caso. Isto implica o reconhecimento do Direito como um sistema de princípios capaz de se desdobrar na busca de seu ideal de igual reconhecimento de direitos fundamentais aos afetados pelas decisões. Trata-se, assim, de verificar, exemplificadamente, se a motivação apontada para a celebração de dado contrato amolda-se á idéia de coerência normativa, isto é, de respeito aos princípios constitucionais que, inclusive, regem a própria administração dos recursos públicos. Diferentemente da gestão privada de recursos, a administração pública, enquanto atividade, deve pautar-se por critérios *públicos* de tomada de decisão, em que questões de eficiência, e, por exemplo, hão que ser tomadas em consideração embora não de maneira determinante. Afinal, é necessário verificar se a proposta eficaz é normativamente legítima, e, para tanto, necessário se faz uma interpretação que assuma os princípios da Administração Pública de maneira coerente, na busca de uma gestão democrática, porque *também* eficaz, dos recursos e bens públicos. Enfim, não mais é possível dissociar a discussão sobre a eficácia, e todas as co-implicações de uma gestão responsável, de uma discussão sobre a legitimidade, isto é, sobre a garantia e efetividade, inclusive, dos direitos fundamentais dos concidadãos.A legitimidade do gasto público, pois, decorre de um juízo de *adequabilidade normativa*, capaz de considerar questões de eficiência, mas sem nelas se esgotar. O seu controle, portanto, se centra na respeitabilidade dos princípios constitucionais, isto é, de uma gestão responsável e cujo *comprometimento* se centra na realização dos direitos fundamentais. Assim, acreditamos, é possível defender um controle da Administração Pública em todos os seus atos como uma defesa de sua juridicidade ou legitimidade.É preciso dizer que, mesmo antes da Constituição da República de 1988, já se reclamava um controle mais profundo.Neste sentido, o voto do Desembargador Seabra Fagundes na Apelação Cível nº 1.422, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, quando afirma que o controle dos motivos e dos fins reflete controle de legalidade. Se assim o era antes da nova Carta, mais clarificada se torna essa exigência diante do respeito dispensado ao cidadão e ao sistema de direitos fundamentais.É considerar que a legalidade, aqui também assumida como juridicidade, ganha novas nuances, exigindo muito mais do que o agir pautado pela lei, porque impõe ao administrador o dever de agir na busca da adequabilidade normativa de sua conduta, isto é, respeitando princípios jurídicos da Administração Pública. E tudo isso porque não mais podemos entender que a não previsão legal de determinado mandamento implica, simultaneamente, a ausência de *normas* para o caso, como também a abertura ao reconhecimento de um juízo sobre a *conveniência e oportunidade* da atuação administrativa. A questão é que tanto há normas capazes de permitirem a solução de todos os casos, no respeito da racionalidade, legitimidade e coerência jurídicas, como o único juízo que se poderá fazer é sobre a *adequabilidade* de determinado ato do poder público diante do caso que perante si se apresenta. O discurso em torno da *conveniência* e *oportunidade* deve ser abandonado em nome do debate acerca do *devido*, daquilo que é *dever* da Administração Pública realizar em face dos elementos que o caso concreto apresenta. O que, obviamente, inclui a própria discussão em torno da disponibilidade de recursos financeiros como um elemento *constitutivo* da decisão, e não como *limitador* da atuação devida da própria Administração Pública.A questão muda de foco quando se articula adequadamente a tensão entre realidade e idealidade. O que se torna central é decidir sobre casos concretos e reais tendo em mente a dimensão ideal de igual reconhecimento de direitos fundamentais. Isso coloca ao administrador, e à autoridade jurisdicional, o desafio de perceber, diante dos dados concretos e das possibilidades disponíveis, de que maneira os recursos em questão podem ser geridos de maneira a simultaneamente garantir os princípios constitucionais e desenrolar o sistema de direitos fundamentais.E a partir dessa adequada articulação entre real e ideal é que podemos concluir no sentido de que o princípio da legalidade não traduz princípio de mera observância da lei. De mero encadeamento escalonado de normas como outrora defendido pelo positivismo jurídico de Hans Kelsen. O Direito, uma vez que sistema principiológico, jamais se exaure na lei, embora reconheça que, na Modernidade, os textos legais são pontos argumentativos centrais para seu próprio desenvolvimento. A legislação é apenas uma das referências argumentativas do sistema jurídico.Legítima é a conduta cujo fundamento é extraído de uma interpretação coerente e imparcial do sistema jurídico. Ato *supostamente*, *presumivelmente*, legal, porque tão-somente assume como referência o texto de uma lei específica, pode ser ofensivo ao próprio princípio da legalidade, como aqui esboçado enquanto princípio da juridici- dade, caso não respeite princípio norteador da atividade administrativa, isto é, caso não garanta o ideal de juridicidade de construção de uma Sociedade de homens livres e iguais.Não se trata de subjugar a importância da lei, mas de tomar em consideração a complexidade do Direito e do Estado Democrático de Direito. Assim, o princípio da legalidade há que ser reinterpretado a partir de um outro local. Estará a respeitar dito princípio a conduta que tomar em consideração a racionalidade comunicativa do Direito assumido como um sistema idealmente coerente de princípios, superando compreensões meramente convencionalistas, como em Kelsen, ou otimizáveis, como em Alexy.A legitimidade do administrar publicamente não pode ser assumida sem o devido zelo pela adequabilidade dos gastos públicos em contextos concretos (FORTINI, 2008). Por isso, a conduta atenderá ao princípio da legalidade quando empreendida de maneira responsável, evitando-se bizarrices e exageros. Quando o gasto empreendido, enfim, for justificável à luz do ideal do Direito e da complexidade do caso e daquilo, inclusive, capaz de ser mercadologicamente constatado. Vale dizer, quando não houver qualquer razão publicamente sustentável capaz de demonstrar um mau uso de recursos públicos, porque houve um respeito aos princípios da Administração Pública na consecução de políticas públicas que viabilizam, promovem e/ou garantem, legitimamente, o núcleo de direitos fundamentais.Atitudes *aparentemente* respaldadas pela Direito, por se referirem tão-somente à legislação, podem ofender frontalmente a racionalidade do Direito, isto é, sua legitimidade e, assim, serem inválidas. Atento a isso, o Poder Judiciário fulmina de ilegalidade, no sentido de ilegitimidade, atos administrativos que não podem continuar a serem assumidas como práticas jurídicas porque há um inadequabilidade.O juízo de adequabilidade normativa exige sempre uma reconstrução da história institucional, de modo a permitir que a interpretação da prática jurídica hodierna se guie por pressupostos que foram construídos ao longo dos anos. Isso não implica, definitivamente, que as decisões do passado devam ser repetidas, sem maiores mediações, no presente. Mas exige que as decisões de hoje sejam coerentes, isto é, capazes de, inclusive, representarem uma ruptura com as decisões do passado.Logo, é possível o controle jurisdicional das políticas públicas o que, obviamente, não autoriza a mera realocação da discricionariedade em seus moldes anteriores (inconciliável com a procedimentalização resultante do Estado Democrático de Direito) para as mãos do magistrado.A questão das políticas públicas está intimamente relacionada às esferas de ação do administrador e do legislador. Logo, não se trata de alijá-los das decisões, fazendo-o substituir pelo Juiz. Decisões judiciais em que o magistrado ordena a realização de cirurgias em outros países ou acolhe pedido para fornecimento de medicamento diverso daquele constante da lista "oficial", comovido pela presença de um laudo médico que assim recomenda, igualmente não se adequar ao ideal democrático. Não compete ao Juiz julgar conveniente este ou aquele método. Não se lhe autoriza agir dissociado da procedimentalização defendida neste texto, pautado pelo seu juízo pessoal de conveniência e oportunidade.Trata-se de admitir que o Judiciário exerça o controle de juridicidade, a partir da construção da política pública, a fim de concluir se fora ou não adotada a solução ótima. **Referências**ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights.* Oxford: Oxford University Press, 2002.CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal*: contribuições a uma reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica*: democracia e constitucionalismo em uma reconstrução das fontes no Direito moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.DWORKIN, Ronald. *Law´s Empire*. London: Fontana Press, 1986.FORTINI, Cristiana. Controle de Legitimidade do gasto público pelo Judiciário In: FORTINI, Cristiana; DIAS, Maria Tereza Fonseca; ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Políticas públicas*: limites e possibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2008.FORTINI, Cristiana. *Processo administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1997.LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 2, n. 2, p. 309-317, 2001. [1](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=93&ps=s&pdiCntd=55581" \l "_ref1) Princípios de direito administrativo. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 2, n. 2, p. 309-317, 2001.[2](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=93&ps=s&pdiCntd=55581" \l "_ref2) *Processo administrativo disciplinar*, 2003, p. 133.[3](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=93&ps=s&pdiCntd=55581" \l "_ref3) Há autores que entendem que o princípio da motivação não decorre das entrelinhas do texto constitucional, opinião da qual não comungamos, embora seu principal representante, professor José dos Santos Carvalho Filho, mereça nosso mais profundo respeito. **Como citar este conteúdo na versão digital:**Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:FORTINI, Cristiana; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas. *Fórum Administrativo - Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55581>. Acesso em: 4 nov. 2014. |