



**INEXISTÊNCIA OU INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL**

Alessandra Obara Soares da Silva

Procuradora do Estado de São Paulo

Mestranda em Direito do Estado pela PUC/SP

Especialista em Direito Tributário pela COGAE/SP

Graduada pela Faculdade de Direito da PUC/SP

Resumo: Políticas públicas envolvem a idéia de Estado prestacional, na situação de devedor dentro da relação jurídica com a pessoa. Implicam no dever do Estado de concretizar direitos fundamentais, ao passo que os administrados têm o direito de exigir o cumprimento de políticas públicas. Como atos administrativos que são, inclusive por constituir dever do Estado-Administração e também do Estado-Juiz, os atos que envolvem políticas públicas são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, observados alguns limites. Na caracterização destes limites, imperioso analisar, no caso concreto, a existência ou não de política pública e, caso existente, a sua eficiência. Na primeira hipótese (inexistência), caracterizar-se-ia uma omissão estatal e, na segunda (insuficiência) poderia estar caracterizado o desrespeito ao princípio da eficiência que norteia, em conjunto com a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade a atividade estatal, conforme art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, toda atividade pública.

Palavras-chave: políticas públicas, atos administrativos, discricionariedade, eficiência, omissão, controle judicial dos atos administrativos, interesse público, direitos fundamentais.



INTRODUÇÃO

As políticas públicas, por envolverem diversas áreas afins do Direito constituem tema interessante para análise. A fim de permitir uma conclusão pela possibilidade - ou não - de ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, nos termos do princípio da ubiqüidade da jurisdição, necessário defini-las e estabelecer objetivamente o regime jurídico que obedecem.

Alguns confundem políticas públicas com atos administrativos de competência discricionária e, neste sentido, não vêem grandes possibilidades de seu controle pelo Poder Judiciário, atendendo ao princípio da separação dos poderes. Outros, no afã de permitir o pleno controle das políticas públicas, as incluem na categoria de atos legislativos que atribuem competência vinculada à Administração Pública.

Na verdade, políticas públicas são mais do que atos administrativos de competência discricionária e menos do que atos legislativos. Interessante destacar que políticas públicas envolvem paixões e opções. Despertam interesse de todos porque colocam o Estado na verdadeira situação de devedor (de obrigações de fazer) e o administrado na situação de credor. Neste sentido, a implementação eficiente de políticas públicas está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais.

Aliás, a propósito do tema, Gilmar Ferreira Mendes traz lição da doutrina alemã no sentido de que "se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente"¹.

¹ KREBS *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ªed. São Paulo:Saraiva, 2006, p. 07.



POLÍTICAS PÚBLICAS

1. Conceito de política pública

Se é certo que o termo políticas públicas é de difícil conceituação, também é certo que envolve um conjunto de ações, ou medidas, praticado pelo Estado-Administração, com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e, via de consequência, ao próprio Estado de Direito.

Envolve, assim, a idéia de Estado prestacional, na situação de devedor dentro da relação jurídica com a pessoa. Esclarecedora, a este respeito, a lição de Fábio Konder Comparato, citado por Marília Lourido dos Santos, no texto “Políticas públicas (econômicas) e controle, disponível no site www.jusnavegandi.com.br²):

A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela não se distingue nitidamente dos atos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões desde os primórdios da jurisprudência romana. Este ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos" (Fabio Konder Comparato, Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas in Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v.737, mar.1997, págs 11/22.).

Neste sentido, explica Marília Lourido dos Santos, citando Maria Paula Dallari Bucci:

A noção de políticas públicas centra-se em três elementos: a) a busca por metas, objetivos ou afins; b) a utilização de meios ou instrumentos legais e c) a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo.

² Acesso em 31.01.2008



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Elementos esses que formam uma noção dinâmica de atividade, pela qual se definem políticas públicas como a harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados' ou simplesmente como o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

Pacífica, portanto, a definição de políticas públicas como meios de realização do interesse público através da adoção de medidas hábeis a garantir a implementação e/ou realização dos direitos fundamentais dos administrados.

São medidas que auto-sujeitam o Estado à situação de devedor de uma prestação (geralmente, de serviço). Falamos em auto-sujeição porque o próprio Estado-legislador positiva os direitos fundamentais do administrado³, outorgando ao Estado-administrador a responsabilidade pela elaboração de planos de governo para a implementação, fomento e garantia de proteção destes direitos, permitindo que o Estado-juiz verifique, quando provocado, se há omissão do Estado-administrador na realização deste mister.

Confirmamos, assim, a idéia de Fábio Konder Comparato, no sentido de que as políticas públicas envolvem atos administrativos e leis: dependem de planos de governo pautados em leis que, ao mesmo tempo, determinam a implementação destas políticas e autorizam um planejamento na sua execução (outorga de competência discricionária no que se refere ao momento da execução). Este planejamento é sempre necessário em razão das dimensões continentais do território nacional, que implica em diferentes necessidades para diferentes localidades, conforme, aliás, admitido pelo artigo 3º, da Constituição Federal.⁴

³ Lembramos que os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalizados, independentemente da filiação à corrente declaratória ou constitutiva dos direitos humanos.

⁴ Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II -garantir o desenvolvimento nacional; III -erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV -promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

2. Direitos Fundamentais como parâmetro para o controle judicial das políticas públicas

Ora, tendo em vista que a finalidade de toda e qualquer política pública é o respeito ao interesse público, que consiste no interesse da sociedade previsto no ordenamento constitucional, pode-se dizer que as políticas públicas sociais objetivam assegurar ou garantir os direitos fundamentais de segunda dimensão.⁵

Neste sentido, os direitos fundamentais, enquanto finalidade de toda e qualquer política pública consistem parâmetro para seu controle. Pérez Luño, lembrado por Ingo W. Sarlet, esclarece que “existe um estreito nexó de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.”⁶

Todavia, imperioso ressaltar, como fez Carlos Roberto Siqueira Castro, que os direitos fundamentais não são absolutos: praticamente inexistente direito individual ou coletivo absoluto, ou de fundamentação absoluta, isto é, revestido de ilimitação plena, e que a grande maioria das liberdades individuais consubstanciam liberdades sociais, ou seja, existem para serem exercidas em sociedade, há que rever limites para que essas liberdades possam ser igualmente exercidas por todos os membros da comunidade em regime de concomitância e de respeito recíproco.⁷

Siqueira Castro lembra, ainda, Norberto Bobbio, que em seu livro *A era dos direitos* destacou que “historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos....”. Neste mesmo sentido, admitindo que os direitos fundamentais admitem restrições,

⁵ Estes são os direitos prestacionais, aqueles que envolvem verdadeiro débito do Estado com relação aos seus administrados, na clássica doutrina que classifica os direitos em três dimensões, sendo a primeira composta pelos direitos referentes à vida, liberdade e propriedade; a segunda, direitos econômicos, sociais e culturais.

⁶ A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Pág. 71.

⁷ A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 62.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Daniel Sarmiento⁸ salienta que "a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais."

Posto que tudo que não é absoluto admite restrições, estas sempre se darão após uma ponderação dos interesses supostamente em colisão. Mas, antes da ponderação, é necessário verificar se, no caso concreto, existe um verdadeiro conflito. "Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral."⁹

Interessante ressaltar que os direitos fundamentais, hoje, passaram de uma perspectiva individualista para a chamada dimensão objetiva, por constituírem não apenas direitos subjetivos dos particulares, mas também direitos da coletividade como um todo. Neste sentido, Daniel Sarmiento, lembrando lição de Konrad Hesse¹⁰:

a idéia de dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. (...)

Ademais, com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), esta convergência se acentua, pois nestes casos o interesse da coletividade

⁸ Em Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, in Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 79.

⁹ Daniel Sarmiento, obra citada, pág. 81.

¹⁰ Op. cit, p. 83.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos. (grifos nossos)

Vale lembrar que o Tribunal Federal Administrativo Alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) cunhou, na década de 50, a teoria da cláusula de comunidade, segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais cessaria quando o exercício destes direitos ameaçasse bens jurídicos da comunidade. Esta teoria acabou sendo revista na história. E, hoje, a doutrina admite que embora possível uma restrição aos direitos fundamentais, esta restrição tem limites. E todo limite admite investigação e controle.

Portanto, a efetividade dos direitos fundamentais é o objetivo das diversas políticas públicas e, como estes direitos admitem restrições, o ordenamento permite que algumas políticas sejam privilegiadas em detrimento de outras, de forma criteriosa.

Neste diapasão, imperioso analisar os limites destas restrições que, em última análise, configuram o próprio parâmetro para controle da adequação e eficiência de uma política pública.

Uma das hipóteses de restrição a direitos fundamentais é admitida pelo ordenamento sob a cláusula da “reserva do possível”. E o principal limite às restrições aos direitos fundamentais é o que se convencionou chamar “mínimo existencial”.

2.1. A reserva do possível

A reserva do possível configura a principal escusa de que se vale o Poder Executivo para justificar a não implementação de uma determinada política pública. Decorre, esta escusa, de impossibilidade material de realização de uma determinada despesa (já que é cediço que a realização de qualquer política depende de recursos) por insuficiência de recursos financeiros.

Assim, diante da insuficiência financeira, haveria verdadeira colisão de interesses que autorizaria o administrador a ponderar os interesses em jogo para



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

eleger um deles para ser privilegiado (implementado ou fomentado). Podemos dizer, então, que a reserva "jurídica" do possível é consequência direta da reserva "econômica" do possível.

Impende ressaltar que a reserva do possível é admitida pela jurisprudência pátria como legítimo limite à implementação e fomento de políticas públicas, como se infere do valioso voto do Ministro Celso de Mello proferido no AGRRE 410.715-5-SP:

Não deixo de conferir, no entanto, (...) significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível (...), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras e tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, e tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação matéria referida, a imediata efetivação do comendo fundado no texto da Carta Política. (voto disponível no *site* www.stf.gov.br)

E não poderia ser diferente, já que a administração de bens e pessoas, seja Estado ou uma empresa, depende de custos, planejamento de despesas e percepção de renda. Assim, cabe ao Estado-administrador, com o aval do Estado-legislador (que aprova as leis orçamentárias) gerir os recursos públicos com vistas a implementar ou fomentar eficazmente as políticas públicas no intuito de atingir os objetivos da República previstos constitucionalmente no artigo 3º.

Neste sentido, voto do mesmo Ministro Celso de Mello, este proferido no julgamento da ADPF n.45 (transcrito no informativo n. 345/2004):

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais,



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

De outro lado, se é certo que os limites econômicos-financeiros constituem óbices objetivos à implementação de alguns direitos fundamentais que cederão diante de outros mediante critérios de ponderação, também é certo que a reserva do possível não pode ser utilizada como escusa dolosa à realização do interesse público, como bem assentado no ilustre voto do Ministro Celso de Mello já mencionado (ADPF 45):

Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Portanto, a limitação econômico-financeira que impede a plena implementação (simultânea) de todas as políticas públicas e o rápido e eficiente alcance de todos os objetivos da República brasileira realmente existe, é admitida pela jurisprudência da Corte Suprema e deve ser considerada válida sempre que verdadeira (aferível objetivamente).

De outro lado, ao mesmo tempo em que é admitia esta limitação aos direitos fundamentais, consagra-se um “limite à limitação”, ou seja, a restrição a um direito fundamental de segunda dimensão somente será admitida pelo ordenamento jurídico se e somente se não estiver ferido o mínimo existencial.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

2.2. O mínimo existencial - artigo 6º da Constituição Federal

Finalmente, sem perder de vista que a finalidade das políticas públicas é a efetiva implementação das condições necessárias para o exercício pleno dos direitos fundamentais, é imprescindível destacar que o Estado de Direito não pode admitir a aniquilação destes direitos de segunda dimensão, sob pena de se tornar mero Estado de Direito formal.

Nesta esteira, “alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18, III). Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais”, como lembra Gilmar Ferreira Mendes¹¹.

O mesmo autor, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, destaca diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial, fundamentalmente divididas em dois modelos básicos, quais sejam, a teoria absoluta (para a qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria uma unidade substancial autônoma, independente de qualquer situação concreta e infenso a eventual redução legislativa) e teoria relativa (segundo a qual o núcleo essencial deve ser decidido em cada caso concreto, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo, valendo-se de um processo de ponderação entre meios fins -teoria declaratória do núcleo essencial). Concordamos com Gilmar Medes quando este ressalva que ambas as teorias apresentam fragilidades. A primeira por permitir, em alguma hipótese, uma fórmula vazia, ante a impossibilidade de se comprovar *in abstracto* a existência deste mínimo essencial. De outro lado, a teoria relativa poderia implicar no sacrifício do bem a ser protegido ao ser cotejado somente no caso concreto. Assim, Gilmar Mendes lembra que Hesse propõe uma fórmula conciliadora, com base no princípio da proporcionalidade, que evitaria limitações arbitrárias ou

¹¹ *Op. Cit.* p. 41.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

desarrazoadas e até lesão ao núcleo essencial, posto que "a proporcionalidade não pode ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida".¹²

O mínimo existencial, assim, pode ser definido como a parcela mínima de direitos que um Estado deve observar para caracterizar-se como Estado de Direito material, assegurando, pelo menos, condições materiais mínimas para a existência digna da pessoa humana. É o verdadeiro núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo impossível de ser suprimido sem que se ofenda frontalmente o ordenamento jurídico.

2.3. Reserva do possível *versus* mínimo existencial

Apenas a guisa de conclusão deste capítulo, vale anotar que a cláusula da reserva do possível deve ser (e é, pela jurisprudência) vista com grande parcimônia. Sua grande limitação é o mínimo existencial, já que mesmo na hipótese de ser aferida objetivamente a impossibilidade material de implementação de uma política garantidora de direito fundamental de segunda dimensão, o Estado deve assegurar um mínimo aos seus administrados, inexistindo cláusula de reserva legitimadora da omissão estatal que vulnere condições materiais mínimas de existência digna do ser humano.

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

1. Legitimidade do Poder Judiciário para controle de políticas públicas

Houve quem defendesse a impossibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, dos atos decorrentes do exercício de competência discricionária, com

¹² *Op. Cit.* P. 45



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

respaldo no princípio da tripartição das funções estatais, inclusive no que se refere a políticas públicas. Neste sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS.

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, "só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica -lei -de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo" . Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido "demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

atividades do Município". No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que "a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida". Adotar entendimento diverso do esposado pelo Tribunal de origem, bem como pelo Juízo a quo, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n.07/STJ. No que toca à divergência pretoriana, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que a tese defendida no julgado paradigma não prevalece, diante do posicionamento adotado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prequestionamento dos artigos 4º, parágrafo único, alíneas "c" e "d", 86, 87, 88, incisos I a III, 90, inciso IV, e 101, incisos II, IV, V a VII, todos da Lei n. 8.069/90. Recurso especial não provido.

(Resp. 208.893/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.12.2003, DJ 22.03.2004 p. 263)

Esta corrente fundou-se também no receio de admitir um Poder Judiciário como "super-poder". A este respeito, entendemos interessante a transcrição das palavras de Karl Lowenstein, na tradução de Américo Bedê Freire Junior:

A intervenção dos tribunais pode conduzir à quebra das fronteiras entre administração de justiça e política. Os detentores do poder, politicamente responsáveis -governo e parlamento -estão expostos à tentação de levar aos tribunais um conflito político. Os juízes, por sua parte, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis pelo poder por seus juízos políticos, camuflados de sentença judicial. Instalar um tribunal como árbitro supremo do processo de poder –e este é o núcleo da judicialização da política -transformaria, ao final, o sistema governamental em um domínio dos juízes, ou seja, uma judiocracia¹³

¹³ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005. P. 52, nt rodapé n. 1



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Todavia, como sói acontecer, a jurisprudência evoluiu com a sociedade e hoje, após a consagração da teoria dos motivos determinantes (que foi um grande passo para o controle dos atos administrativos decorrentes do exercício de competência discricionária), é admitido como legítimo o controle judicial dos atos administrativos, inclusive aqueles diretamente relacionados às políticas públicas. Neste sentido, mais uma vez valiosas as palavras do Ministro Celso de Mello, ainda no bojo do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 410.715-SP:

É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (...) o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Sem perder de vista que a eleição de políticas públicas para implementação consiste em ato administrativo decorrente do exercício de competência discricionária, observados os parâmetros legais impostos pelas leis orçamentárias e, anteriormente, os parâmetros constitucionais, a análise da legitimidade do controle judicial das políticas públicas coincide com as hipóteses de legitimidade do controle judicial dos demais atos administrativos “discricionários”.

Esta legitimidade é assente na doutrina e na jurisprudência, posto que os atos administrativos comportarão sempre controle, pela mesma razão que se



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

admite indevassável o mérito do “ato administrativo discricionário”: o princípio da separação dos poderes, que lhes confere autonomia dentro do sistema de freios e contrapesos.

Assim, Celso de Mello lembra que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

(voto proferido no julgamento da ADPF 45/DF, disponível no *site* www.stf.gov.br).

Ainda, cumpre destacar que a própria existência de parâmetros objetivos para implementação de políticas públicas ou para a eleição de uma política em detrimento de outra permite concluir pela legitimidade do Poder Judiciário para controle desta atividade tipicamente atribuída ao Poder Executivo (e Legislativo, como sancionador, ao apreciar as leis orçamentárias).

De fato, não se pode ignorar que a própria existência da cláusula da reserva do possível (que permite sua invocação e contraste com a realidade) e a consagração da teoria do mínimo existencial, são elementos autorizadores e garantidores do controle judicial das políticas públicas.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

2. Hipóteses de controle: ausência ou ineficiência da política pública e comportamento do Poder Judiciário

Admitido o controle judicial das políticas públicas com parâmetro na máxima efetividade dos direitos fundamentais e o mínimo existencial, bem como a cláusula da reserva do possível como limite à plena implementação destas mesmas políticas, impende ressaltar que o controle judicial passa por duas indagações, quais sejam, se existe política pública e, se existente, se a política pública é adequada ao fim a que se destina.

Neste sentido, a seguinte ementa do Supremo Tribunal Federal:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- (...)

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

(RTJ 185/764-796, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello – disponível no *site* www.stf.gov.br)

2.1. Ausência de política pública

A omissão pode ser juridicamente considerada ofensiva ao ordenamento quando existir o dever legal de agir. Neste ponto, distingue-se a omissão jurídica da simples inação.

No que se refere às políticas públicas, existe o dever constitucional de o Estado prestar certas ações que assegurarão o pleno exercício dos direitos fundamentais. Por isso, a omissão estatal, neste ponto, caracteriza ofensa direta à Constituição Federal. Ofensa esta passível de controle judicial, portanto.

Ocorre que, na hipótese de inexistência pura e simples de uma política pública determinada, que acarrete cerceamento de direitos (ou, hipótese mais grave, sua aniquilação), o Poder Judiciário não poderá subrogar-se nas prerrogativas do Poder Executivo e implementar a política pública ele mesmo, em respeito ao princípio constitucional da tripartição das funções estatais.

A decisão judicial, assim, nos casos de ausência de política pública, limitar-se-á a determinar que o Poder Executivo adote determinada conduta, com cominação de multa diária por descumprimento da decisão. E, se for o caso, caberia ainda condenação do Poder Público no pagamento das indenizações cabíveis (para reparação de danos materiais e morais, quando existirem e forem diretamente relacionados à omissão estatal – nexo de causalidade). Vale lembrar que no caso de responsabilização estatal pelos danos decorrentes de conduta omissiva sua, entendemos aplicável a teoria da responsabilidade subjetiva, conforme lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello seguida por Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁴

¹⁴ Consulte: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 21ªed. São Paulo: Malheiros, parte V, p. 889 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

2.2. Insuficiência da política pública

Finalmente, é possível que já exista implementação de uma determinada política pública, mas de forma insatisfatória ou ineficiente (CF, art. 37, caput). Neste caso, o controle judicial será mais restrito, posto que a verificação da adequação das medidas para implementação da política pública confunde-se com o mérito do ato administrativo decorrente de competência discricionária, de sorte que entendemos que somente na hipótese de evidente inadequação da medida ou evidente ilegalidade é que o Poder Judiciário poderá analisar os atos administrativos que envolvem aquela determinada política.

Ainda, aqui seria típico caso de aplicação da cláusula da reserva do possível. Cite-se como exemplo a saúde. Tornou-se corriqueira a impetração de mandados de segurança ou ações cautelares ou condenatórias, com pedidos de antecipação de tutela, em face dos Poderes Públicos estadual e municipal visando o fornecimento de remédios de alto custo para determinados pacientes. Ora, estes entes federados possuem programas de fornecimento de remédios e uma pessoa não pode se insurgir contra este programa simplesmente porque não quer preencher um formulário, como é comum acontecer. Outra hipótese corresponde ao requerimento de um remédio de um laboratório determinado, quando o programa público de fornecimento de remédios possui a fórmula genérica para distribuição, com os mesmos efeitos e resultados comprovados. Em casos como os citados, defendemos a impossibilidade do Poder Judiciário impor que o Poder Executivo forneça o remédio “A” ou “B”, em respeito ao princípio da separação dos poderes e até da isonomia, já que uma decisão judicial concreta estaria favorecendo uma pessoa em detrimento de todas as demais que necessitam daquele programa estatal para obtenção dos medicamentos.¹⁵

¹⁵ Exemplos lembrados em razão da experiência profissional da autora, que já atuou na defesa do Estado em juízo, em inúmeros casos como os narrados, no exercício do cargo de Procuradora do Estado de São Paulo da área do Contencioso.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Em suma, na hipótese de política pública ineficiente, entendemos que o controle judicial somente será possível se houver violação frontal e objetivamente aferível de normas legais ou princípios constitucionais pela própria política pública e não por uma conduta concreta da Administração Pública no exercício deste mesmo projeto. Em outras palavras, o Poder Judiciário poderia verificar a constitucionalidade da política pública em si e a adequação do ato concreto impugnado judicialmente com o programa governamental; nunca poderia determinar que a Administração agisse contrariamente à política pública por ela implementada, sem reconhecer – e apontar - vício na política em si, sob pena de atribuir tratamento diferenciado a alguns, injustificada e inconstitucionalmente.

Aliás, sobre esta inconstitucionalidade, cabe-nos rememorar que os atos do Poder Judiciário também podem causar prejuízos aos administrados e, pelo princípio geral de direito de responsabilização e reparação de danos, as indenizações são sustentadas pelo erário, com direito (e dever) de regresso contra o funcionário público que perpetrou o dano. (CF, art. 37, §6º, in fine)

Para finalizar, transcrevemos um quadro desenvolvido por Gilmar Ferreira Mendes, adaptado com base no modelo desenvolvido por Peroth/Schlink, consistente em perguntas a serem respondidas para efetivo controle dos atos dos Poderes Públicos a que nos referimos:

Teste de constitucionalidade de uma medida concreta do Poder Executivo ou do Poder Judiciário

I - A conduta afetada pela medida enquadra-se no âmbito de proteção de algum direito fundamental?

II - A medida configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III - A medida pode ser justificada com base na Constituição?

1. Existe um fundamento legal compatível com a Constituição para a medida?

2. A medida, ela própria, é constitucional?

a) Ela aplica a lei em conformidade com a Constituição?

b) Ela é proporcional?

c) Ela se revela clara e determinada para o atingido fim?



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

CONCLUSÃO

Políticas públicas envolvem ações positivas, prestacionais do Estado, para máxima efetividade dos direitos fundamentais, garantindo-se, no mínimo, existência digna e razoável aos administrados. Englobam uma atuação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, daí restar evidenciado seu caráter Político: respeitam ideologias políticas que podem variar conforme a vontade do povo que elege seus representantes. Dizemos atuação conjunta porque cabe ao Poder Executivo elaborar planos de implementação e fomento de políticas públicas e cabe ao Poder Legislativo aprová-los (leis orçamentárias). Aprovados os planos, decorre a obrigatoriedade de ação ao Poder Executivo que, mediante atos administrativos decorrentes do exercício de competência discricionária, desenvolverá uma política pública, quando e na forma que entender necessário (conveniência e oportunidade), desde que tenha recursos para tanto, garantindo-se, sempre, o mínimo existencial.

De fato, em virtude das políticas públicas envolverem prestações positivas, dependem de financiamento, ou seja, toda prestação precisa, para ser efetivada, de recursos financeiros. Estes recursos advêm das receitas públicas que, como é sabido, são limitadas e sua aplicação depende de planejamento. Neste sentido, admite-se a cláusula da reserva (econômica e jurídica) do possível, posto que a insuficiência de recursos financeiros constitui verdadeiro óbice à atuação estatal no sentido de implementação de políticas públicas sociais.

Pois bem. Admitida a existência desta limitação, cumpre ressaltar que os limites não são absolutos, ou seja, ainda que exista uma impossibilidade material de implementação de uma política pública determinada, o Estado de Direito exige que seja garantido o mínimo existencial ou seja, devem-se garantir mínimas condições de subsistência digna da pessoa humana. Este – o mínimo existencial – é um parâmetro de controle de políticas públicas.

As condições materiais mínimas de existência constituem ponto de partida para que se alcance o bem-estar social, verdadeiro objetivo do Estado



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Democrático de Direito brasileiro. O mínimo existencial, assim, convive em harmonia com a cláusula da reserva do possível, já que somente depois de garantidas as condições materiais mínimas de existência digna é que será possível definir, com os recursos restantes, qual política pública poderá ser implementada e em que medida.

Portanto, por envolverem leis e atos administrativos, as políticas públicas submetem-se ao controle pelo Poder Judiciário, observados os limites aplicáveis à análise dos atos administrativos decorrentes do exercício de competência discricionária. Ou seja, o controle judicial deverá observar a cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial na garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Deverá, ainda, analisar se o caso concreto versa sobre a existência ou a ineficiência da política pública que lhe foi apresentada (já que a atuação do Poder Judiciário depende de provocação), estando o Estado-juiz impossibilitado de subrogar-se na figura do Poder Executivo. Assim:

(i) na hipótese de inexistência de fato de qualquer política que garanta mínima efetividade a direito fundamental, o Poder Judiciário deverá determinar a atuação positiva da administração pública, cominando-lhe multa diária pelo atraso na implementação da política em concreto.

(ii) de outro lado, tratando-se de ineficiência da política implementada pela Administração Pública, caberá ao Poder Judiciário, dentro dos limites de análise do ato administrativo decorrente de competência discricionária, apontar o vício existente na política pública em si e sinalizar a solução, atentando-se para o princípio constitucional da isonomia, sob pena dele - Poder Judiciário - ser responsabilizado pelos danos que sua decisão provoque no mundo fenomênico.

BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
CONTI, José Maurício (coord.). *Federalismo Fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ªed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ªed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.
- OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. *Controle da discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.
- SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.