

POLÍTICAS PÚBLICAS: CONTROLE JUDICIAL

Carlos Mário da Silva Velloso*

Sumário. I. Introdução: I.1. A ideia de Constituição e o Estado liberal. I.2. O constitucionalismo social e os direitos fundamentais sociais. I.3. Direitos sociais: direitos de prestação positiva pelo Estado. II. As políticas públicas: conceito. III. Do Controle judicial da atividade discricionária do poder público. III.1. A extensão do controle judicial da discricionabilidade administrativa. III.2. O controle dos atos políticos. IV. Controle judicial das políticas públicas. V. Limites ao controle judicial das políticas públicas: análise. V.1. A separação dos poderes. V.2. Déficit democrático do Poder Judiciário. V.3. Limitações técnicas do Poder Judiciário. V.4. Discricionabilidade administrativa. V.5. A questão da iniciativa das políticas públicas: Poder Executivo e Poder Legislativo. V.6. O mínimo existencial a ser garantido ao indivíduo. V.7. Razoabilidade da pretensão individual/social. V.8. A reserva do possível. VI. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. VII. Síntese conclusiva.

I. Introdução: I.1 A ideia de Constituição e o Estado liberal.

O Estado liberal e a ideia de Constituição, que surgem na segunda metade do Século XVIII, no bojo da Revolução Americana, de 1776, e da Revolução Francesa, de 1789, são contemporâneos das primeiras Declarações de Direitos, a da Virgínia, de janeiro de 1776, anterior,

* Carlos Mário da Silva Velloso, ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, professor emérito da Universidade de Brasília, UnB e da PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público, é advogado.

portanto, à Declaração de Independência americana, que é de 4 de julho do mesmo ano, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. Esse Estado, na linha do constitucionalismo liberal, consagra os direitos fundamentais de primeira geração, que são os direitos de liberdade, os direitos individuais. A Idade Moderna, que finda justamente naquela quadra de século, foi marcada pelo despotismo dos monarcas, assim o despotismo do Estado. Urgia, portanto, em nome da liberdade, afastar e deixar distante o poder estatal. Tem-se, em consequência, a partir daí, o Estado abstencionista, caracterizado por atuação negativa, já que não poderia intervir no âmbito de atuação das pessoas. O valor igualdade não era ignorado, é certo. Mas a igualdade proclamada era puramente formal, a igualdade perante a lei. Na economia, vigia a doutrina liberal do “*laissez faire*” e do “*laissez passer*”. A opção liberal, anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*deflui de uma cosmovisão bem nítida e bem conhecida que é a Weltanschauung iluminista. Concebe esta o homem como um ser livre que encontra em si próprio a virtualidade da perfeição de que é capaz. Vive ele num mundo regido por leis naturais que, se não embaraçadas, estabelecerão a melhor das situações possíveis. Busca esse homem, por sua razão que é a medida de todas as coisas, a felicidade e o progresso que são potencialmente infinitos.*”¹

I.2. O constitucionalismo social e os direitos fundamentais sociais.

A 1ª Revolução Industrial, que ocorre na Inglaterra no final do Século XVIII, início do Século XIX, e que vai até por volta de 1860 – presenciamos, hoje, a 3ª Revolução Industrial, a dos computadores, sobretudo – desperta ideais novos, que levam à ascensão das massas operárias. Bem por isso, a Constituição do México, de 1917, inaugura, com

¹ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 33ª edição, pág. 102.

a Constituição de Weimar, de 1919, o constitucionalismo social, com a positivação dos direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração. Ocorre, nessa quadra, evolução do constitucionalismo, evolução que tem ocorrido por etapas.²

Na primeira delas, dá-se, vimos de ver, o surgimento da ideia de Constituição, Constituição limitadora do poder estatal, ideia plasmada através de séculos, com assento em precedentes históricos e doutrinários. Dos mais importantes desses precedentes é a Magna Carta, de 1215, pacto entre João Sem Terra e os seus súditos.

Na segunda etapa, a Constituição é reconhecida como lei, uma super lei, que, como tal, deve ser cumprida. No famoso caso, *Marbury vs. Madison*, de 1803, a Suprema Corte americana realiza essa etapa, concretizada no Brasil com a República e que na Europa continental somente deu-se a partir da segunda metade da década de 1940. Nessa segunda etapa tem-se, também, o surgimento do constitucionalismo social linhas atrás mencionado.

Na terceira etapa, ocorrida na Europa continental, também no Século XX, compreende-se que a Constituição deve ser protegida, ideia surgida, no continente europeu, com a criação, sob a inspiração de Kelsen, em 1920, da Corte Constitucional da Áustria, de vida efêmera. Do debate ocorrido entre o líder da Escola de Viena e Carl Schmitt, iniciado em 1929 e encerrado em 1931, de quem deveria ser o guardião da Constituição, Kelsen saiu-se vencedor. Enquanto Kelsen propugnava por um Tribunal Constitucional, Schmitt sustentava que a guarda da Constituição deveria ser confiada a um órgão político, o presidente do Reich. A abordagem de

² Velloso, Carlos Mário da Silva, “Vinte Anos da Constituição de 1988”, Revista Forum CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, nº 9, set/dez. 2008, p.91; “Da Jurisdição Constitucional ou do Controle de Constitucionalidade”, em “Tratado de Direito Constitucional”, Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento, Saraiva, 2010, pág. 379.

Schmitt refletia concepção decisionista-unitária da Constituição.³ A de Kelsen revelava concepção normativista. Na Europa, realiza-se a ideia de Kelsen, da jurisdição constitucional, e o seu florescimento, registra Mauro Cappelletti,⁴ após a Segunda Guerra, com a criação e instalação dos Tribunais Constitucionais.

Finalmente, a quarta etapa, em que ocorre o predomínio da Constituição, com a constitucionalização do direito. É o raiar do neoconstitucionalismo, que tem como característica fundamental a formação do Estado Constitucional de Direito, no qual constitucionalismo e democracia se confundem e em que os direitos humanos ou os direitos fundamentais constituem o arcabouço do edifício constitucional.

I.3. Direitos sociais: direitos de prestação positiva pelo Estado.

Com o constitucionalismo social, consagram-se os direitos sociais, direitos de prestação positiva por parte do Estado. Esses direitos surgem para tornar possíveis os direitos de primeira geração. Que importa a liberdade de imprensa para muitos que não têm condições de ler, nem sabem ler? Que importa a liberdade de associação, a liberdade de reunião, para a pessoa que trabalha durante o dia para comer a noite? Prestações positivas do Estado, portanto, nos diversos campos da atuação humana, como, por exemplo, no campo da saúde, da educação, da moradia, da previdência social, da segurança, da proteção à maternidade e à infância, na assistência aos desamparados, propiciam efetividade aos direitos de liberdade.

³ Schmitt, Carl, “O Guardião da Constituição”, Del Rey Editora, 2007. V., especialmente, a apresentação do livro feita por Gilmar Ferreira Mendes, que contém excelente resenha do tema.

⁴ Cappelletti, Mauro, “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, tradução de Aroldo Plínio, Sérgio Fabris Ed., Porto Alegre, 1984, págs. 65 e segs.

Essas prestações positivas do Estado constituem os direitos sociais e econômicos, ações estatais positivas pelas quais “*se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.*”⁵ José Afonso da Silva anota que os direitos sociais constituem “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”⁶ Robert Alexy anota que os “*direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direito à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.*”⁷

No Brasil, a Constituição que primeiro realizou o compromisso dos direitos individuais com os direitos sociais, foi a Constituição de 1934. A Constituição de 1988, a mais democrática das Constituições que tivemos, cuida com especial carinho dos direitos sociais e econômicos. Realça Ada Pellegrini Grinover⁸ os objetivos fundamentais da República, inscritos no artigo 3º -- a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da

⁵ Branco, Paulo Gustavo Gonet, “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, ap. Mendes, Gilmar Ferreira, “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 4ª ed., 2009, p. 268.

⁶ Silva, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros., 24ª edição, 2005. pág. 286.

⁷ Alexy, Robert, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Malheiros, 2008, pág. 513, tradução de Virgílio Afonso da Silva.

⁸ Grinover, Ada Pellegrini, “Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário”, Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, números 32/33, 2008, págs. 39-61.

marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação – depois de ter deixado expresso, no artigo 1º, III, que é fundamento da República a dignidade da pessoa humana, princípio que constitui, no dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha,⁹ o coração dos direitos humanos, direitos humanos que a Constituição quer que prevaleçam (C.F., art. 4º, II). É a partir daí que deve ser orientada a interpretação das normas infraconstitucionais e mesmo de normas da própria Constituição. Em torno dessas disposições constrói-se a ideia de políticas públicas, que são metas e planos estatais para a realização dos objetivos fundamentais da República.

II. As políticas públicas: conceito.

As políticas públicas, posto não se confundirem com os direitos sociais, constituem forma de efetivação destes. Política, para Ronald Dworkin, é *“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).”*¹⁰ As políticas públicas, acima mencionamos e não custa enfatizar, são metas e planos para a realização dos objetivos fundamentais da República. Representam forma de prestação de serviço do Estado em favor da coletividade, por isso mesmo modo de intervenção do Estado na vida social. Neste sentido a lição de Eros Roberto Grau, a dizer

⁹ Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social”, pág.32; ap. Sarlet, Ingo Wolfgang, “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro”, RTDP, 39/53.

¹⁰ Dworkin, Ronald, “Levando os Direitos a Sério”, Martins Fontes, São Paulo, 2007, tradução Nelson Boeira, pág. 36.

que “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”¹¹

Bons juristas debruçaram-se sobre o tema.

Maria Paula Dallari Bucci anota que “políticas públicas são programas de ação governamental visando ordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”¹²

Para Fábio Comparato, políticas públicas constituem “o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”¹³

Ana Paula de Barcelos afirma que “a expressão políticas públicas pode designar, de forma geral, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente, que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas, que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento nas mais diversas áreas.”¹⁴

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti, “as definições convergem para a compreensão de que políticas públicas envolvem ações e programas que almejam dar efetividade aos princípios, normas, valores e escolhas conformadores do sistema juspolítico modelado pela ordem constitucional de determinado Estado nacional. Em outras

¹¹ Grau, Eros Roberto, “O direito posto e o direito pressuposto”, Malheiros, 2ª edição, 1998, pág. 21.

¹² Bucci, Maria Paula Dallari, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, Saraiva, 2002, pág. 239.

¹³ Comparato, Fábio Konder, “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, Rev. dos Tribs., pág. 18.

¹⁴ Barcellos, Ana Paula de, “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, Rev. de Direito do Estado, v. I, n° 3, págs. 17-54.

palavras, são as ações empreendidas pelos poderes públicos com o fim de implementar o sistema que lhes cabe operar, com o fim de tornar realidade a Constituição no cotidiano dos cidadãos,” desdobrando-se as políticas públicas em três planos: *“o estratégico, o gerencial e o operacional, cada qual correspondendo a competências e legitimações que se devem integrar, porém sem superposições, nem usurpações.”* O plano estratégico tem sede na Constituição e os planos gerenciais e operacionais em normas infraconstitucionais. E concluem: *“Resulta que as políticas públicas contam com distintas fontes normativas, conforme se trata de concebê-las, delimitá-las, provê-las de meios, disciplinar-lhe a implementação ou disseminá-las. Podem ser expressas em preceitos constitucionais, leis, normas regulamentares, como decretos e resoluções; ou instrumentos de colaboração, como convênios e consórcios (art. 241 da CR/88).”*¹⁵ Registram que a Constituição define, em diversos dispositivos, políticas públicas, como, por exemplo, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (Capítulo I – Princípios gerais da atividade econômica; Capítulo. II – Política urbana; Capítulo. III – Política agrícola e fundiária e da reforma agrária; Capítulo. IV – Sistema financeiro nacional) e no Título VIII – Da Ordem Social (seguridade social, educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente). Acrescentam que *“a Constituição refere-se a políticas de crédito, de câmbio, de transportes (art. 22, VII e IX), de educação para a segurança do trânsito (art. 23, XII). Também giza diretrizes e objetivos para a política de desenvolvimento a ser executada pelo poder público municipal (art. 182).”* Anotam que o art. 196 dispõe a respeito de políticas sociais e econômicas relativamente à saúde e que o dever de licitar constitui política pública. É dizer, *“a norma inscrita no art. 37, XXI, da CR/88 porta todas as*

¹⁵ Pereira Júnior, Jessé Torres e Dotti, Marinês Restelatto, “Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas”, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, págs. 27-28.

características de política concernente à atividade contratual do Estado brasileiro.”¹⁶

Para Saulo Versiani Penna as políticas públicas são imposições empreendidas pelo cidadão com o fito de fazer valer seus direitos, direitos constitucionalmente garantidos, podendo o indivíduo (sujeito ativo) atuar no sentido da efetivação desses direitos. Os direitos fundamentais, acrescenta, constituem parâmetro para a consecução das políticas públicas.¹⁷

Segundo Oswaldo Canela Júnior, citado por Ada Pellegrini Grinover, *“por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.”* Aduz que, *“como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF).”*¹⁸

Diríamos, em conclusão, que políticas públicas são atividades do Estado para realização de seus fins, consubstanciadas em metas e planos que visam à concretização dos objetivos fundamentais da República (C.F., artigo 3º), com a realização dos direitos sociais e econômicos e com base no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (C.F., art. 1º, III) e na prevalência dos direitos humanos (C.F., art. 4º, II).

¹⁶ Pereira Júnior, Jessé Torres e Dotti, Marinês Restelatto, ob. e loc. cit.

¹⁷ Penna, Saulo Versiani, “Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil”, Fórum, Belo Horizonte, 2011, pág. 217.

¹⁸ Canela Júnior, Oswaldo, tese de doutoramento, USP, S. Paulo, orientador Kazuo Watanabe, inédita, ap. Grinover, Ada Pellegrini, “O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário”, Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n.ºs. 32/33, 2008, págs. 39-36.

III. Do controle judicial da atividade discricionária do poder público

As metas e planos estatais que visam concretizar políticas públicas, constituem, de regra, atividade discricionária do poder público. Daí ser necessário o exame do controle judicial do ato administrativo discricionário.

No Brasil, “*durante muito tempo*”, registra Ada Pellegrini Grinover, “*os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição.*”¹⁹ Mas, acrescenta a professora Ada, “*a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, “b” e V, “b”, da Lei 4.717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. E José Afonso da Silva preconizava que sempre se possibilitasse a anulabilidade do ato por simples lesividade. Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inciso LXXIII” deixou expresso que a ação popular protegeria também a moralidade administrativa. “Ora,” concluiu Ada, “o controle, por via da ação popular, da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade.”²⁰*

A doutrina tradicional entendia, a partir da conceituação de ato vinculado e ato discricionário, que “*atos vinculados ou regrados são*

¹⁹ Grinover, Ada Pellegrini indica, exemplificativamente, decisões que refletem essa autolimitação: a Súmula 339, do STF, da década de 1960: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia.” E mais: STJ: RMS 15.959-MT, RMS 18.151-RJ, MS 12.629-DF. O pesquisador atento, diremos nós, encontrará não dezenas, mas centenas de julgados no mesmo sentido dos tribunais superiores e tribunais de 2º grau. Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. citados.

²⁰ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. citados.

*aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.” E “atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.”*²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece, no que toca ao ato vinculado, que a norma a ser cumprida predetermina de modo completo qual o único comportamento que o administrador estará obrigado a adotar perante casos concretos. Já no ato discricionário, a lei faculta ao administrador campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de apreciação subjetiva sua, segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.²² Acrescenta que *“a diferença nuclear entre ambos (vinculados e discricionários) residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.”*²³

A extensão do controle do ato discricionário, na doutrina tradicional, segundo Hely Lopes Meirelles, pode ser visualizada da seguinte forma: ao Poder Judiciário seria permitido perquirir todos os aspectos do ato

²¹ Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª edição, 1999, pág. 150.

²² Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Discricionabilidade e Controle Jurisdicional”, Malheiros, S.Paulo, 2ª edição; “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 20ª edição, 2006, págs. 400 e segs. e págs. 902 e segs.

²³ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 20ª edição, 2006, pág. 401.

administrativo sob o ponto de vista da legalidade e legitimidade. O que não pode é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge do exame judicial, cuja missão é aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito.²⁴ A Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal refletia essa visão tradicional da extensão do controle judicial do ato discricionário.²⁵

Certo, jamais se sustentou estivesse o poder discricionário da Administração Pública imune ao controle judicial. Há muito, asseverava Forsthoff²⁶ que o direito de exercitar o poder discricionário não libera a Administração de comportamento adequado à observância do direito, dado que o exercício do poder discricionário se move dentro na ordem jurídica. E mais: para Forsthoff, o poder discricionário estaria submetido à moralidade administrativa. É dizer, não seria mera consequência do dever profissional do funcionário, mas efetivo compromisso com o Estado de Direito, significando que a Administração jamais pode proceder arbitrariamente.

III.1.A extensão do controle judicial da discricionariedade administrativa

O debate em torno do tema tem gerado bons frutos. Leandro J. Lira dá ênfase as conhecidas teorias limitadoras da discricionariedade

²⁴ Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 28ª edição, pág. 678.

²⁵ Súmula 473-STF: “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

²⁶ Forsthoff, Ernst, “Tratado de Derecho Administrativo”, Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

administrativa e que inibiriam o atuar administrativo arbitrário: (i) a teoria do desvio de poder ou do abuso do poder, o “*détournement de pouvoir*” do direito francês, que compreende o excesso de poder e o desvio de finalidade, e (ii) a teoria dos motivos determinantes. Leciona Hely Lopes Meirelles que o “abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas. (...) como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais.²⁷ O administrador está, portanto, em qualquer circunstância, obrigado a atuar conforme a lei; o poder discricionário há de realizar sempre o interesse público. No direito brasileiro, tem relevância a Lei 4.717/65, artigo 2º (ação popular). E quanto aos motivos determinantes, certo é que os motivos alegados pela autoridade administrativa para a prática do ato administrativo ficam a ele jungidos. Inexistentes os motivos, ou sendo estes falsos ou viciados, o ato não teria validade.²⁸

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, escrevendo a respeito do controle jurisdicional do ato administrativo, expõem que os elementos extrínsecos e intrínsecos do ato administrativo discricionário são sempre sujeitos ao controle judicial. São estes os elementos extrínsecos: a) a competência da autoridade que expediu o ato; b) observância do procedimento previsto em lei, o devido processo legal; c) a existência de motivo (situação de fato) a fundamentar a produção do ato; d) a obediência às formalidades exigidas para a edição do ato. E são elementos intrínsecos: a) finalidade: há de ser verificado se o agente praticou o ato visando o fim previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência; b) a razoabilidade e a proporcionalidade: deve ser verificado se o agente aplicou

²⁷ Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 24ª edição, pág. 95.

²⁸ Lyra, Leandro J., “O controle da discricionariedade do ato administrativo pelo Poder Judiciário”,

a lei de forma fundamentada ou sem justificativa plausível; c) os princípios da igualdade, da impessoalidade, de moralidade devem ser tomados em linha de conta, verificando-se se houve a observância do interesse geral previsto na lei, ou se o ato foi praticado para prejudicar ou beneficiar alguém; d) eficiência: é importante o exame se o ato é eficiente ou, ao contrário, ineficiente.²⁹

Certo é que, nesta quadra de século, a questão do controle judicial dos atos discricionários deixa longe a doutrina tradicional.

Na Europa, registrei em trabalho de doutrina,³⁰ e também no Brasil, há correntes de Direito Administrativo que inovam no tema do controle da administração pública pelo Poder Judiciário. Assim, por exemplo, as posições doutrinárias de Eduardo Garcia de Enterría,³¹ de Fernando Sainz Moreno³², de Afonso Queiró,³³ de Paulo Otero,³⁴ de Guido Falzone,³⁵ de Agustín Gordillo,³⁶ de Mariano Bacigalupo,³⁷ de Andreas J. Krell,³⁸ de Celso Antônio Bandeira de Mello,³⁹ de Gustavo Binenbojm,⁴⁰ de Lucia Valle Figueiredo,⁴¹ de Adilson de Abreu Dallari,⁴² de Caio Tácito,⁴³ de

²⁹ Sundfeld, Carlos Ari e Câmara, Jacintho Arruda, “Controle Judicial do Ato Administrativo: as questões e os limites da tutela de urgência”, Revista Interesse Público, nº 16, pág. 23.

³⁰ Velloso, Carlos Mário da Silva, “O Poder Judiciário do Século XXI: Perspectivas, Experiências, Problemas e Soluções”, em “Justiça: Promessa e Realidade – O acesso à Justiça em Países Iberoamericanos”, Ed. Nova Fronteira, Rio, 1996, pág. 13.

³¹ Enterría, Eduardo Garcia de, “Democracia, Juices y Controle de la Administración”, Madri, Civitas, 2001, págs. 47-48.

³² Moreno, Fernando Sainz, “Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa”, Madri, Civitas, 4ª edição, 1976.

³³ Queiró, Afonso Rodrigues, “A teoria do desvio de poder em Direito Administrativo”, RDA 11/57; “Estudos de Direito Administrativo”, Coimbra, Atlântida Ed., 1968.

³⁴ Otero, Paulo, “Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade”, Coimbra, Editora Almedina, 2007.

³⁵ Falzone, Guido, “Il Doveri di Buona Amministrazione”, A. Giuffrè Editore, 1953.

³⁶ Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Buens Aires, Macchi-Lopes, 1975.

³⁷ Bacigalupo, Mariano, “La Discrecionalidad Administrativa – estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución”, 1997.

³⁸ Krell, Andreas J., “Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo”, 4ª. edição, 2004.

³⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, obras citadas.

⁴⁰ Binenbojm, Gustavo, “Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização”. Renovar, 2ª edição, 2008, págs. 195 e segs.; “Temas de Direito Administrativo e Constituição”, Renovar, 2008, págs. 3 e segs.

⁴¹ Figueiredo, Lucia Valle, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, S. Paulo, 2006.

Raquel Melo Urbano de Carvalho,⁴⁴ de Miguel Seabra Fagundes,⁴⁵ de Germana de Oliveira Morais,⁴⁶ de Almiro do Couto e Silva,⁴⁷ dentre outros eminentes publicistas.

Em Estado de Direito tudo se faz de conformidade com a lei. É dizer, a Administração age dando execução à lei, observando, rigorosamente a lei. Em certos casos, vimos linhas atrás, a lei estabelece o único comportamento a ser adotado pelo administrador perante casos concretos. Dito de outra forma, casos há em que o legislador preestabelece a situação de fato e o modo de agir do administrador diante de tal situação. Tem-se, nesse caso, vinculação, ou o ato a ser praticado pelo administrador é um ato vinculado. Noutras hipóteses, entretanto, o legislador permite ao administrador, diante de certas situações fáticas, determinada margem de liberdade no praticar ou não praticar o ato, ou concede-lhe competência para escolher o momento de praticá-lo, ou defere-lhe opção quanto à forma do ato, ou autoriza o administrador a decidir sobre a providência a ser adotada entre alternativas que lhe são oferecidas. Em tais hipóteses, estamos diante da discricionariedade administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello resume da seguinte forma: *“Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente: a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática, ou b) no que concerne a não agir ou agir ou c) no que atina à escolha da ocasião azada para fazê-lo ou d) no que diz*

⁴² Dallari, Adilson de Abreu, “Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, Rev. dos Tribs., 2ª edição.

⁴³ Tácito, Caio, “Administração e o Controle da Legalidade”, RDA 37/8.

⁴⁴ Carvalho, Raquel Melo Urbano de, “Curso de Direito Administrativo”, Ed. Jus Podivm, 2ª. edição, 2009.

⁴⁵ Seabra Fagundes, Miguel, “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, Forense, 8ª edição, Gustavo Binenbojm (atualizador), 2010.

⁴⁶ Moraes, Germana de Oliveira, “Controle Jurisdicional da Administração Pública”, Dialética, S.Paulo, 2004.

⁴⁷ Couto e Silva, Almiro, “Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro”, RDA 179/180.

com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.”⁴⁸

Posta assim a questão, indaga-se: quando a lei concede ao administrador a faculdade de decidir com discricionariedade, ela o faz com que sentido? Ela estaria, ao conceder discricionariedade ao administrador, permitindo que este deixe de adotar comportamento que satisfaça a sua exata finalidade? Responde Celso Antônio que, bem ao contrário, a discricção é a *“prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo.”* É que, *“quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.”*⁴⁹ Ora, se o legislador quer que o administrador, diante das circunstâncias fáticas, adote a melhor solução, *“se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição a finalidade da lei.”*⁵⁰ É que a discricionariedade impõe severa obrigação ao administrador. Leciona, a propósito, Adilson Dallari: *“exatamente a discricionariedade, longe de dar uma liberdade maior, obriga a um maior rigor. Exatamente porque eu posso decidir de maneiras diferentes, é que eu preciso deixar bem claro porque estou decidindo desta determinada maneira e não de outra.”*⁵¹

⁴⁸ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Discricionariedade e Controle Jurisdicional”, Malheiros Ed., S. Paulo, 1992, pág. 17.

⁴⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Discricionariedade e Controle Jurisdicional”, citada, pág. 32.

⁵⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio, ob. cit., pág. 33.

⁵¹ Ap. Araújo, Luiz Alberto David, Nunes Júnior, Vidal Serrano, “Curso de Direito Constitucional”, São Paulo, Saraiva, 2006, pág. 135.

Então, a obrigação que a lei impõe ao administrador de tomar a decisão melhor para o caso, a fim de atender à finalidade posta na lei, não é apenas uma obrigação política, mas é, também, uma obrigação jurídica, mesmo porque, na lição de Guido Falzone, há um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral, “*porque a norma só quer a solução excelente.*” E se não for adotada a solução querida pela lei, que é a solução excelente, “*de legitimidade.*”⁵² haverá pura e simplesmente violação da norma de direito, o que enseja correção judicial, dado que terá havido vício

Repito: se a lei quer que o administrador adote a solução melhor para o fim de satisfazer a sua finalidade, vale dizer, a finalidade inscrita na lei, tem-se uma obrigação jurídica, por isso mesmo sujeita ao controle judicial. A doutrina é, na verdade, inovadora, inovadora. Ela altera conceitos, deixa longe o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador, na prática do ato discricionário, não se sujeitariam ao controle judicial. Ora, diante de tal doutrina, o juiz passa a ter real atuação política – política no seu exato sentido grego -- atuação política que confere preeminência à função jurisdicional. Essa doutrina de direito administrativo toma corpo, é objeto de considerações dos publicistas, constitui a tônica do moderno direito público.

E mais: o que se percebe é que os povos, quanto mais tomam consciência de sua cidadania, mais desejam que os atos dos governantes sejam marcados pela moralidade, pela ética. Há como que fome de ética, de moralidade. A moralidade administrativa, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (C.F., art. 37),⁵³ é a moralidade jurídica, que

⁵² Falzone, Guido, ob. cit., págs. 87 e segs. Ap. Bandeira de Mello, Celso Antônio, ob. cit., págs. 36-37.

⁵³ Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., pág. 83.

distingue-se de certa forma da moralidade comum.⁵⁴ Elas, entretanto, a moralidade jurídica e a moralidade comum, se entrelaçam nos seus objetivos. Certo é que, erigida a moralidade administrativa em princípio constitucional, não raras vezes o juiz terá que decidir a respeito de um ato administrativo formalmente perfeito, mas que é atentatório à moralidade administrativa, mesmo porque, lembra Hely Lopes Meirelles, invocando Hauriou, “*nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”*”.⁵⁵ O Judiciário, por isso, deverá anulá-lo. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*“Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo (...) O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos intrínsecos do ato administrativo, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.”*⁵⁶

A visualização inovadora da matéria é uma realidade. Vale trazer ao debate o pensamento de Gustavo Binenbojm sobre o tema, a lecionar que “*as transformações recentes sofridas pelo Direito Administrativo tornam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um espaço carecedor de legitimação. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei. A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos*

⁵⁴ Hauriou, Maurice, “Précis Elémentaires de Droit Administratif”, Paris, 1926, págs. 197 e segs.

⁵⁵ Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., pág. 83.

⁵⁶ STF, REsp 429.570/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 22.03.2004.

*vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.”*⁵⁷

III.2. O Controle dos atos políticos

Anota Germana Moraes⁵⁸ que, no direito positivo brasileiro inexistente regra acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade dos atos políticos. As Constituições de 1934 e 1937 vedavam expressamente ao Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas. Essa vedação persiste, registra Seabra Fagundes,⁵⁹ porque, não obstante o silêncio da Constituição, decorre da índole do regime e dos imperativos do seu funcionamento, porque as atribuições de cunho estritamente político dos Poderes Legislativo e Executivo são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário.

Entretanto, a construção dogmática, somada à experiência dos tribunais, vem fornecendo seguras pistas para o estabelecimento de hipóteses de invalidação dos atos ditos políticos, competindo, pois, ao Judiciário, em determinados casos, corrigir esses atos se atentatórios a direitos subjetivos ou ofensivos à Constituição Federal. Em precedente da maior relevância, o Supremo Tribunal Federal, no RE 167.137/TO, relatado pelo ministro Paulo Brossard, examinou e decidiu questão relativa à

⁵⁷ Binenbojm, Gustavo, “Temas de Direito Administrativo e Constitucional”, Editora Renovar, 2008, pág.16.

⁵⁸ Moraes, Germana de Oliveira, “Controle Jurisdicional da Administração Pública”, Dialética, São Paulo, 2004, pág. 160.

⁵⁹ Seabra Fagundes, Miguel, “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, Forense, 8ª edição, 2010, pág. 196, atualizada por Gustavo Binenbojm.

discricionariiedade para análise das exigências subjetivas para nomeações políticas. Na hipótese, os requisitos subjetivos da nomeação política, tais como notório saber, notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros e contábeis ou de administração pública, reputação ilibada, idoneidade moral, haviam sido desprezados pelo Chefe do Executivo quando da nomeação de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. O Supremo Tribunal, ao apreciar o caso, entendeu que, apesar da discricionariiedade do Poder Executivo na análise desses requisitos, havia, na hipótese, a *“necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar.”*⁶⁰ Na ementa do acórdão, acentuou-se a *“necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar.”* Invocou-se *“precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado.”* E mais: *“a não observância dos requisitos que vinculam a nomeação enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa.”*

IV. Controle judicial das políticas públicas.

A esta altura e diante do que foi exposto, seria difícil opor embargos ao controle judicial das políticas públicas. E se estamos de acordo no sentido de que as políticas públicas visam à realização dos fins do Estado, e *“como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF),”* anota Oswaldo

⁶⁰ RE 167.137/TO, Rel. Ministro Paulo Brossard, em www.stf.jus.br.

Canela Júnior, citado por Ada Pellegrini Grinover,⁶¹ que acrescenta: “o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo dos atos com os fins do Estado. E diante dessa nova ordem, denominada de judicialização da política (muito diferente, acrescente-se, da politização do Judiciário), contando com o juiz como coautor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.”⁶²

É paradigmática a decisão proferida pelo ministro Celso de Mello na ADP 45/DF,⁶³ na qual expressou a possibilidade do controle judicial sobre as políticas públicas, quer para implementá-las, quer para corrigi-las, se equivocadas. Explicitou o ministro Celso de Mello que (i) não se inclui na competência do Poder Judiciário implementar políticas públicas. A competência é dos Poderes Legislativo e Executivo; (ii) todavia, no caso de os Poderes Legislativo e Executivo se omitirem, comprometendo “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático,” tem o Poder Judiciário, excepcionalmente, o poder/dever de, corrigindo a omissão, implementar a política pública, concretizando o direito social, fazendo valer a Constituição.

Entretanto, não deixou o ministro Celso de Mello de conferir relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, “em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder

⁶¹ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. citados, pág. 42.

⁶² Canela Júnior, Oswaldo, ob. cit. Ap. Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. citados, pág. 42.

⁶³ ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, em www.stf.jus.br.

Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.” Desde que “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir” a implementação da política pública.

A cláusula da “reserva do possível”, contudo, não poderá ser invocada pelo Poder Público “com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais (...) quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

Asseverou o ministro que “a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

Da exposição contida na decisão, deflui que o controle judicial das políticas públicas sujeita-se à ocorrência de requisitos: (i) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao indivíduo; (ii) a razoabilidade da pretensão individual/social; (iii) a existência de disponibilidade orçamentária e financeira para efetivação da política pública, ou a reserva do possível.

Esses requisitos constituem limites ao controle judicial das políticas públicas.⁶⁴ Segundo Maria Paula Dallari Bucci,⁶⁵ limites outros são trazidos ao debate, que podem ser classificados como (1) argumentos de ordem político-institucional e (2) argumentos de ordem econômico-financeira. Dentre os primeiros – argumentos de ordem político-institucional – alinham-se: 1.1. a separação dos poderes, com base no art. 2º da C.F., 1.2. o déficit democrático do Poder Judiciário, 1.3. as limitações técnicas do Poder Judiciário para apreciação das políticas públicas em toda sua complexidade e 1.4. a discricionariedade administrativa. Entre os segundos, teríamos: 2.1. a reserva do possível; 2.2. a questão da iniciativa das políticas públicas: Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, “a” e “b”) e Poder Legislativo.

V. Limites ao controle judicial das políticas públicas: análise.

V.1. A separação dos poderes, C.F., art. 2º.

A invocação do princípio da separação dos poderes, a esta altura, soa como coisa ultrapassada. É que cabe ao Poder Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos polos da ação o poder público, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica ofensa ao princípio da separação dos poderes. Ademais, de há muito que, nos Judiciários que seguem o modelo norte-americano, no qual aquele detém o monopólio da função jurisdicional, não mais se discute possa o Judiciário corrigir o ato dos demais poderes quando há violação de direito. Essa é, portanto, questão superada. Com a costumeira propriedade, anota Maria Paula Dallari Bucci

⁶⁴ Grinover, Ada Pellegrini, ob. cit., pág. 45.

⁶⁵ Bucci, Maria Paula Dallari, “Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”, Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 103, 2009, pág. 7.

que a abordagem do tema, “*contemporânea à figura dos “atos de governo,”*” insuscetíveis de controle judicial, encontra-se, como aquela, em grande medida superada na prática e na teoria pelo exercício de controles judiciais, que se dá em relação ao processo de produção dos atos e decisões do Poder Público, à motivação e até mesmo em relação à razoabilidade de seu teor. No mesmo sentido evoluiu a doutrina das questões políticas, que impunha ao Supremo Tribunal Federal auto contenção em assuntos vinculados à vida político-institucional.” E citando José Elaeres Marques Teixeira,⁶⁶ acrescenta: “*A regra agora é o controle judicial das questões políticas; a exceção, o exercício pelo Tribunal de sua autocontenção.*”⁶⁷

V.2. Déficit democrático do Poder Judiciário.

O argumento parte da legitimação pelo voto popular. É dizer, o juiz, não tendo sido eleito, não se responsabilizando pelos ônus da decisão, dada a irresponsabilidade política do Judiciário, tem a legitimidade do seu ato passível de contestação. Aqui têm aplicação os argumentos postos no tocante à questão da separação dos poderes, convindo acrescentar que a legitimação do ato jurisdicional ocorre na medida em que ele faz valer a vontade concreta da lei e se faz garantista dos direitos, principalmente dos direitos fundamentais, assim garantidor da Constituição, a Constituição que estabelece a forma de investidura do juiz. O argumento, portanto, de que ocorreria déficit democrático do Judiciário é coisa de um passado remoto.

V.3. Limitações técnicas do Poder Judiciário

⁶⁶ Teixeira, José Elaeres Marques, “A doutrina das questões políticas no STF”, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, pág. 162.

⁶⁷ Bucci, Maria Paula Dallari, ob. e loc. cit., pág. 9.

Também esse argumento não se sustenta. Sempre que a questão judicial exigir conhecimentos técnicos, poderá o juiz valer-se do testemunho técnico, é dizer, de perícias que devem ser elaboradas por técnicos escolhidos entre os melhores. Modernamente, os tribunais podem convocar audiências técnicas nas quais são ouvidos especialistas.

V.4. Discricionariedade administrativa.

O argumento remonta à fase de autolimitação dos tribunais na apreciação do ato administrativo discricionário, hoje superada, conforme demonstramos, acima.

V.5. A questão da iniciativa das políticas públicas: Poder Executivo e Poder Legislativo.

O argumento é absolutamente impertinente. Atos administrativos e legislativos são marcados pela competência da autoridade ou do órgão que o praticou. O fato de a iniciativa da lei ser do Executivo, do próprio Legislativo ou até mesmo do Judiciário, não impede que este, no exercício da função jurisdicional, que lhe foi deferida pela Constituição, exerça o controle sobre tais atos. Na jurisdição constitucional concentrada, em abstrato, o controle se faz tendo por objeto a lei. No controle difuso, o objeto da causa é uma pretensão. Na medida em que o ato administrativo é lesivo a direito subjetivo nem a lei pode impedir o controle judicial, dado que o acesso à justiça constitui garantia constitucional (C.F., art. 5º, XXXV). Ademais, o Poder Judiciário não assume a iniciativa de propor políticas públicas nem de realizá-las de ofício. No controle judicial das políticas públicas o Judiciário, devidamente provocado, simplesmente faz valer a Constituição, faz cumprida a Lei Maior. E se a lei ou a política

pública foi proposta ou inaugurada por órgão ou autoridade que não detinha, pela Constituição, iniciativa para tal, conforme disposto na Constituição, o Judiciário declarará a sua ilegitimidade constitucional.

Os limites do controle judicial das políticas públicas que, na verdade, são relevantes, são aqueles postos na decisão proferida na ADPF 145/DF, acima indicados, certo que um deles, de ordem econômico-financeira – a reserva do possível – tem o endosso, conforme vimos, de Maria Paula Dallari Bucci.⁶⁸ Esses limites serão examinados, em seguida.

V.6. O mínimo existencial a ser garantido ao indivíduo.

Registra Ada Pellegrini Grinover que “*o mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado*”⁶⁹, dado que, a lição é de Ricardo Lobo Torres, “*a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.*”⁷⁰ Esse mínimo existencial, anota Ada Pellegrini, citando Ana Paula de Barcellos⁷¹, “*é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.*” E acrescenta: “*costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros direitos, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica – como a passível de atender o maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos – o*

⁶⁸ Bucci, Maria Paula Dallari, ob. e loc. cit.

⁶⁹ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit., pág. 45.

⁷⁰ Torres, Ricardo Lobo, “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”, Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, nº 42, 1990, págs. 69-70; ap. Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit.

⁷¹ Barcellos, Ana Paula de, “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana”, Ed. Renovar, 2002, págs. 248, 252-253. Ap. Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit.

saneamento básico, a concessão de assistência social e o acesso à justiça. É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las.”⁷²

Ricardo Lobo Torres anota que “os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis”,⁷³ certo, ademais, registra Anabelle Macedo Silva, que “o conteúdo material dos direitos do mínimo existencial sofre ainda oscilações decorrentes da titularidade qualificada por crianças e adolescentes. Na condição de pessoas em desenvolvimento, demandam eles proteção especial tendo em vista sua incapacidade física e psíquica de exercer plenamente suas potencialidades humanas para assegurar a própria sobrevivência.”⁷⁴

O mínimo existencial, se descumprido, autoriza o controle judicial, seja no controle propriamente dito da política pública, seja na determinação judicial para que o poder público proceda a entrega, por exemplo, de remédios.

V.7. Razoabilidade da pretensão individual/social.

Uma política pública que não atenda ao princípio da razoabilidade pode ser corrigida pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, uma pretensão que não seja razoável – o pedido para que o poder público, por exemplo, custeie cirurgia simplesmente embelezadora – não merecerá acolhimento por parte do Judiciário. Razoabilidade e proporcionalidade são princípios

⁷² Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit., pág. 45.

⁷³ Torres, Ricardo Lobo, “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, em Teoria dos Direitos Fundamentais, Editora Renovar, Rio, pág. 280. Ap. Macedo Silva, Anabelle, “Concretizando a Constituição”, Lumen Juris editora, Rio, 2005, pág. 192.

⁷⁴ Macedo Silva, Anabelle, ob. e loc. cit.

constitucionais na medida em que constituem alicerces do devido processo legal substantivo (C.F., art. 5º, LIV). A razoabilidade, observa Ada Pellegrini Grinover, resulta ou é medida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, significando esta, *“em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”*⁷⁵ O princípio da razoabilidade foi construído pela Suprema Corte norte-americana, *“integrado à noção de devido processo legal substantivo, tendo sido originariamente concebido como um instrumento de aferição da constitucionalidade das leis.”*⁷⁶ Já a “noção de proporcionalidade, diversamente, possui raízes remotas no direito administrativo europeu,⁷⁷ e foi transposta para o direito constitucional por meio da produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã, que lhe conferiu um perfil analítico e sistemático, relacionando-o de forma mais estreita com o problema das limitações aos direitos fundamentais.”⁷⁸

Suzana de Toledo Barros, que estudou proficientemente a matéria, leciona que o princípio da proporcionalidade, oriundo do direito alemão, *“corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito.”*⁷⁹ Luís Roberto Barroso anota que proporcionalidade e razoabilidade praticamente se identificam, porque,

⁷⁵ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit.

⁷⁶ Gonçalves Pereira, Jane Reis, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, em “A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil”, livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso, que o coordenou, Editora Renovar, 2007, pág. 155.

⁷⁷ Schoeller, Heinrich, “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”, Interesse Público, 199, 2/93.

⁷⁸ Gonçalves Pereira, Jane Reis, ob. e loc. cit.

⁷⁹ Barros, Suzana de Toledo, “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, 1996, pág. 54.

“em linhas gerais,” os conceitos de ambos mantêm “uma relação de fungibilidade.”⁸⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não faz distinção entre razoabilidade e proporcionalidade.⁸¹

Mas, conforme linhas acima foi dito, a razoabilidade é medida pela aplicação da proporcionalidade, significando esta “a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”⁸² Assim, “a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.”⁸³

V.8. A reserva do possível.

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida, pela primeira vez, no Tribunal Constitucional alemão, numa questão de interesse de estudantes que pediam o acesso à escola particular, tendo em vista a limitação de alunos, por classe, no ensino público, a fim de garantir a qualidade do ensino. O Tribunal Constitucional decidiu “que o direito à prestação positiva – no caso o aumento do número de vagas – sujeitava-se à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade”⁸⁴

Certo é que prestações positivas são, de regra, onerosas, custam dinheiro, dinheiro público, e os gastos públicos dependem de disponibilidade orçamentária e financeira. Leciona Ingo Wolfgang Sarlet

⁸⁰ Barroso, Luís Roberto, “Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” em “Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides, Soares, José Ronald Cavalcanti, organizador, 2001, pag.128.

⁸¹ Gonçalves Pereira, Jane Reis, ob. e loc. cits., pág. 157.

⁸² Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cits.

⁸³ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cits.

⁸⁴ Manica, Fernando Borges, “Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas”, Rev. Brasileira de Direito Público, 18, 2007, pág. 169.

que “*justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante,*” asseverando que “*diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.*”⁸⁵

No controle judicial das políticas públicas, a existência de disponibilidades orçamentária e financeira do Estado para efetivação das prestações positivas reclamadas reveste-se, sem dúvida, de fundamental importância. Não se pode entender, entretanto, que bastaria a negativa da prestação positiva à simples alegação da inexistência de disponibilidade orçamentária e financeira para dar-se por encerrada a questão.

Com a costumeira precisão, foi ela posta, vimos de ver, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45/DF, da relatoria do ministro Celso de Mello, que acentuou ser necessário advertir “*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*

⁸⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang, “A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”, Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs. 280 e 286.

constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁸⁶

Revelando estar a Corte Suprema imbuída do que Pablo Lucas Verdú denominou de “*sentimento constitucional*”,⁸⁷ fazendo-o “*em desenvolvimento*”, esclarece Raul Machado Horta,⁸⁸ “*ao tema de Loewenstein*”⁸⁹ e retomando o conceito mais antigo de Pellegrino Rossi,” Verdú “*aprofundou o estudo dessa categoria conceitual, examinando sua relação com a consciência e o sentimento jurídico, para insistir na caracterização do sentimento constitucional como modo de integração política*”, revelando, repito, esse sentimento constitucional, o Supremo Tribunal Federal, pela voz do ministro Celso de Mello, deixou expresso que, “*considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada à Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas.*”⁹⁰ *É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder público.*”⁹¹

O Superior Tribunal de Justiça não se apartou desse entendimento, no julgamento do REsp 1.185.474, Relator o Ministro Humberto Martins, ao decidir que “*não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria*

⁸⁶ RE ADPF 45/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, em www.stf.jus.br.

⁸⁷ Verdú, Pablo Lucas, “El sentimiento constitucional”, Madri, Réus, 1985.

⁸⁸ Horta, Raul Machado, “Direito Constitucional”, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 5ª edição, 2010, revisão e atualização de Juliana Campos Horta, pág. 72.

⁸⁹ Loewenstein, Karl, “Teoría de la Constitución”, Barcelona, Ariel, 1970, págs.199-200.

⁹⁰ RTJ 164/158-161, Rel. Ministro Celso de Mello.

⁹¹ RE 482.611, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 07.04.2010, em www.stf.jus.br.

uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de terminada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.”⁹² No mesmo sentido e enfatizando que “o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial” e que “a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.”⁹³

Daí o registro de Ada Grinover, a dizer que “a implementação de uma política depende de disponibilidade financeira – a chamada reserva do possível. E a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la. Observe-se, em primeiro lugar, que não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333 do CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.”⁹⁴

Anota, ademais, a professora Ada Grinover que, comprovada a falta de previsão orçamentária, determinará o juiz ao poder público que faça

⁹² REsp 1.185.474, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 21.06.2010, em www.stj.jus.br.

⁹³ REsp 1.041.197, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 04.05.2004, em www.stj.jus.br.

⁹⁴ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit., pág. 50.

incluir, no próximo orçamento, verba suficiente à implementação da política pública. Ocorrendo descumprimento do orçamento, o juiz imporá ao poder público a obrigação de fazer, vale dizer, de implementar a política pública (CPC, art. 461, § 5º). Se o administrador descumprir a decisão judicial, “abrem-se diversas vias para a aplicação de sanções: a) a aplicação de multa diária (astreintes) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilidade por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal.”⁹⁵

VI. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Há importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal no que toca à execução de políticas públicas. No RE 410.715-AgR/SP, relator o Ministro Celso de Mello, houve apreciação do mérito do ato administrativo, de natureza política, à luz dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade da pessoa humana. Tratava-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Santo André, Estado de São Paulo, que deixara de incluir no orçamento verba destinada à educação de crianças até seis anos de idade. Ao apreciar o feito, o Supremo Tribunal decidiu que, por ser a educação infantil direito assegurado pela Constituição, corre à Administração o dever jurídico dessa política pública.

Acentuou o voto condutor do acórdão que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, qualificando-se como direito fundamental da criança (CF, art. 208, IV), sob pena de configurar-se *“inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal (...)”*. Não se expõe,

⁹⁵ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cits., pág. 51.

portanto, “(...) em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.”⁹⁶

No RE 271.286-Ag/RS, relator o Ministro Celso de Mello, recurso interposto pelo Município de Porto Alegre, cuidou-se de fornecimento gratuito de medicamentos a paciente com HIV/AIDS. O Supremo acentuou que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela Constituição, art. 196. Consta da ementa do acórdão: “O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”⁹⁷

No RE 463.210-AgR/SP, de que fui eu o relator, decidiu o Supremo Tribunal que a educação é direito fundamental assegurado em normas constitucionais e ordinárias. A sua não observância pelo poder público enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. Tratava-se de atendimento de crianças em creche e pré-escola. Indicou-se, no acórdão, precedente: RE 402.024/SP, também de minha relatoria.⁹⁸ No Ag 418.320/RS, da mesma relatoria, confirmou o Supremo Tribunal Federal acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidira no sentido do dever solidário do Estado e do Município de Porto Alegre no fornecimento de medicamento

⁹⁶ RE 410.715-AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 03.02.2006, em www.stf.jus.br.

⁹⁷ RE 271.286-Ag/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 24.11.2000, em www.stf.jus.br.

⁹⁸ RE 463210-AgR/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 03.02.2006, em www.stf.jus.br.

excepcional para portadora do vírus HIV. Deu-se aplicação ao art. 196 da Constituição Federal.⁹⁹

No RE 603.575-AgR/SC, relator o Ministro Eros Grau, objeto da causa o transporte de alunos da rede estadual de ensino. Decidiu o Supremo Tribunal que a educação é um direito fundamental e indisponível, constituindo dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício, dever imposto pelo art. 205 da CF. A omissão da Administração importa afronta à Constituição.¹⁰⁰

Nos RREE 566.471/RS e 607.582/RS, das relatorias dos Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie, respectivamente, objeto da causa o fornecimento de medicamentos de alto custo, decidiu-se que a matéria contém repercussão geral da questão constitucional suscitada.¹⁰¹

No RE 559.646-AgR/PR, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “*o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço*”, sendo “*possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.*” O acórdão indica precedentes.¹⁰²

Na Suspensão de Segurança 3.231/RN, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, então presidente do Supremo Tribunal, foi pedida a suspensão de liminar concedida pelo Tribunal de origem, que determinara o fornecimento, dentre outros medicamentos, da Insulina NPH e da Insulina

⁹⁹ Ag 418.320/RS, Rel. Ministro Carlos Velloso, “DJ” de

¹⁰⁰ RE 603.575-AgR/SC, Rel. Ministro Eros Grau, DJ de 20.04.2010, em www.stf.jus.br.

¹⁰¹ RE 566.471/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ de 07.12.2007; RE 607.582/RS, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 13/08/2010.

¹⁰² RE 559.646-AgR/PR, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJe nº 120, divulgação 22.06.2011, publicação 24.06.2011.

Regular. O pedido de suspensão foi indeferido, ficando expresso que “*a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas do governo a atuarem de forma solidária.*”¹⁰³

VII. Síntese conclusiva.

A Constituição do México, de 1917, inaugura, com a Constituição de Weimar, de 1919, o constitucionalismo social, com a positivação dos direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração, direitos de prestação positiva por parte do Estado. No Brasil, a Constituição que primeiro realizou o compromisso dos direitos individuais com os direitos sociais, foi a Constituição de 1934. As Constituições seguintes não fugiram à regra e a Constituição de 1988 ampliou os direitos sociais e os mecanismos para o fim de levar a efeito as prestações positivas do Estado.

As políticas públicas, posto não se confundirem com os direitos sociais, constituem forma de realização destes, mediante metas e planos governamentais que visam à concretização dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º), com base no princípio da dignidade humana, fundamento da República (CF, art. 1º, III) e na prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II).

As políticas públicas sujeitam-se ao controle judicial, quer para implementá-las, quer para corrigi-las, se equivocadas ou contrárias à Constituição, observando-se o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao indivíduo, a razoabilidade da pretensão individual/social e a existência de disponibilidade orçamentária e financeira para efetivação da política pública – a reserva do possível. Todavia, a reserva do possível não

¹⁰³ SS 3.231/RN, Min. Ellen Gracie, decisão de 28.05.2007.

pode ser invocada, ressalvada a ocorrência de justo motivo a ser demonstrado pela Administração, com a finalidade de exonerar-se o poder público da realização de políticas públicas.¹⁰⁴

Comprovada a falta de previsão orçamentária, determinará o juiz ao poder público que faça incluir, no próximo orçamento, verba suficiente à implementação da política pública. Ocorrendo descumprimento do orçamento, o juiz imporá ao poder público a obrigação de fazer – a implementação da política pública (CPC, art. 461, § 5º). Se o administrador descumprir a decisão judicial, sujeita-se a sanções: multa diária (astreintes), a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, a intervenção no Estado ou no Município, a responsabilização criminal pelo crime de desobediência.¹⁰⁵

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal a respeito da extensão do controle judicial das políticas públicas são expressivos e marcantes. Revelam uma Corte imbuída do “*sentimento constitucional*”, categoria conceitual desenvolvida por Pablo Lucas Verdu,¹⁰⁶ necessária à efetiva eficácia da Constituição.

¹⁰⁴ ADP 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁰⁵ Grinover, Ada Pellegrini, ob. e loc. cit., págs. 50-51.

¹⁰⁶ Verdú, Pablo Lucas, ob. cit.

