

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Vitor Borges da Silva

Analista Judiciário do TRT da 17ª Região

1 Introdução

A resistência da doutrina e dos tribunais pátrios ao controle judicial de políticas públicas apoia-se, essencialmente, em dois blocos de argumentos. De um lado, a ofensa ao princípio da separação de poderes e a indevida intromissão no mérito da atividade administrativa discricionária; de outro, a natureza puramente programática das normas constitucionais consagradoras dos direitos prestacionais e a teoria da reserva do possível.

O objetivo do presente artigo é analisar topicamente as inconsistências de cada um desses blocos de argumentos a fim de demonstrar a legitimidade constitucional do controle jurisdicional das aludidas políticas públicas.

2 Releitura do princípio da separação de poderes

A mácula ao princípio da separação de poderes constitui o mais recorrente argumento de que se vale parte da doutrina e tribunais nacionais para rechaçar a admissibilidade do controle judicial de políticas estatais. Estas agasalhariam questões sob reserva e decisão do Governo e, por tal razão, seriam infensas à interferência do Poder Judiciário.

No entanto, esse posicionamento não se compatibiliza com o Estado democrático de direito brasileiro, o qual congrega - em nível constitucional o sistema dos freios e contrapesos a regular a atuação dos poderes públicos (art. 2º da CRFB/88), a vinculação de todas as expressões do poder estatal, sem distinção, à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira (art. 3º da CRFB/88), bem como a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88).

No desenvolvimento da concepção clássica de separação de poderes, Montesquieu argumentava que a maior liberdade possível a ser concedida aos cidadãos pelo Estado seria fruto da existência não de um, mas de

inúmeros poderes.¹ Isso porque, opondo-se entre si, os poderes moderar-se-iam de forma recíproca, culminando por impedir o abuso por parte de um deles.²

Assim, a liberdade estaria condicionada à divisão rígida e estanque entre as funções judicial, legislativa e executiva, haja vista que a reunião de poderes permitiria o surgimento de leis tirânicas, exequíveis também de forma tirânica.³

Citando Dalmo Dallari, Ada Pellegrini Grinover recorda que essa visão clássica “foi consagrada em um momento histórico - o do liberalismo - em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera de liberdade individual”.⁴

Dessa forma, a tradicional ideia de separação de poderes visava, especificamente, assegurar a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração face à atuação arbitrária do Estado.

Entrementes, com a transição do Estado liberal para o Estado social, e, conseqüentemente, alteradas as concepções de Estado e de sua finalidade, modifica-se, igualmente, a noção de separação de poderes.

Contemporaneamente ao Estado social, uma nova dimensão de direitos ocupou espaço no catálogo dos direitos fundamentais: são os direitos de segunda dimensão, que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas.⁵ Incluem-se nesse rol o direito à saúde, educação, trabalho, habitação, família, assistência social, proteção à infância e à maternidade, lazer, dentre outros.

Analisando essa transição, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco destacam que:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização da marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das

1 Cf. MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 620 usque 632.

2 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: um novo modelo de jurisdição. Tese defendida na Universidade de São Paulo (USP). no prelo, p. 58-59.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: O processo : e estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: Editora DPJ, 2009. p. 36.

4 Ibid., p.36.

5 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.233.

disparidades do interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.⁶

Fruto dessa passagem, a Constituição brasileira de 1988, a par de consagrar um extenso rol de direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos (arts. 5º, 6º, 7º e 8º da CRFB/88), declarou constituir-se a República Federativa do Brasil em Estado democrático de direito (art. 1º da CRFB/88).

E mais: a Carta Magna de 1988 vinculou todos os poderes públicos, sem qualquer distinção, a objetivos irrenunciáveis e inafastáveis, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

É exatamente nesse contexto que assumem relevo as políticas públicas, conceituadas por Maria Paula Dallari Bucci como sendo “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁷

Com efeito, no Estado democrático de direito os três Poderes da União, conquanto independentes, harmonizam-se para que os objetivos fundamentais do Estado e, naturalmente, as políticas públicas que se destinam a promovê-los, sejam concretizados. Trata-se da adoção do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), importado do direito norte-americano.

Sofreu a teoria da separação de poderes, portanto, uma releitura: o Estado é um só e uno é o seu poder. As suas formas de expressão (funções executiva, legislativa e judiciária) são meros instrumentos para a consecução dos seus fins, não podendo ser consideradas por si só.⁸

6 MENDES, op.cit., p. 233.

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 135-136, 13/1996.

8 CANELA JUNIOR, apud GRINOVER, op.cit., p. 38, nota 3.

Nesse passo, Hermes Zaneti Jr. afirma que:

[...] no moderno estágio da evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas num quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, “um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. Nesse senso, ocorrendo uma “disfunção” política no uso das atribuições de cada poder, poderes-deveres, poderá a questão ser levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito.⁹

Dessarte, sob tal ponto de vista, consistindo as políticas públicas definidas na Carta Magna em instrumento de realização dos comandos (e não apenas promessas) constitucionais, tem-se por inafastável a conclusão de que a omissão do Poder Legislativo em formulá-las - ou do Executivo em implementá-las - autoriza a atuação do Poder Judiciário para fazer valer a “vontade” do texto constitucional, proporcionando aos cidadãos a fruição dos direitos nele estampados.

Sublinhe-se que tais omissões, além de totais, podem também ser parciais, como ocorre nas hipóteses de elaboração ou execução de uma política pública insuficiente, que não seja capaz de satisfazer a integralidade do direito constitucionalmente reconhecido.

Afinal, já foi dito alhures que, ante a força normativa da Constituição, todas as formas de expressão estatal estão constitucionalmente obrigadas à satisfação dos objetivos constitucionais - é esse o traço distintivo do Estado democrático de direito, que supera o Estado social ao propor a transformação da realidade social.

Não se pode perder de vista que o Poder Judiciário, a par de detentor da missão de guarda da Constituição (art. 103, *caput*, da CRFB/88), é também titular do dever constitucional de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito do cidadão (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Por essa razão, no exercício do controle judicial de políticas estatais, a legitimidade democrática do juiz deriva não da regra da vontade da maioria, mas sim do caráter democrático da Constituição. Logo, “o juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e o fundamento é unicamente a

9 ZANETI JR, Hermes. *A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional*, no prelo.

intangibilidade dos direitos fundamentais”¹⁰.

Nessa vereda, quadra colacionar trecho de decisão do Min. Celso de Mello, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/DF, no qual são consagradas muitas das ideias aqui esposadas, senão vejamos:

É certo 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”¹¹.

Portanto, do que foi exposto, extrai-se que, no contexto do Estado democrático de direito, o Poder Judiciário, integrado à estrutura do Estado, assume o mister constitucional de dar sua contribuição, quando provocado - quer corrigindo a abusividade governamental, quer suprimindo a omissão parcial ou total dos demais poderes na elaboração ou execução

10 LOPES JR, apud ANTONIO, Nilva M. Leonardi. *Os limites do Judiciário no Controle de Políticas Públicas*, no prelo, p.9.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, de 29.04.2004.

das políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos fundamentais. E dessa atuação não decorre qualquer comprometimento à separação de poderes, porque essa garantia, afinal, consiste justamente na técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder. A inércia governamental na elaboração ou na concretização de políticas estatais constitui atuação arbitrária, à margem dos ditames constitucionais, tornando-se passível de censura pelo Poder Judiciário.

3 Mínima discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas constitucionais

De igual modo, é falacioso o argumento de que o ato administrativo discricionário seja imune à apreciação judicial. Ainda que assim não fosse, certo é que, em tema de implementação de políticas públicas, a discricionariedade governamental é mínima.

Cabe recordar, antes de tudo, que o poder discricionário é aquele concedido pela lei, implícita ou explicitamente, para a prática de atos administrativos com certa liberdade de escolha de sua conveniência ou oportunidade.¹²

Discricionariedade e arbitrariedade, no entanto, não se confundem: enquanto aquela é a liberdade exercida dentro de balizas e parâmetros legais, esta consiste na ação contrária ou excedente à lei.

Hely Lopes Meirelles procura insistir nessa distinção “para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente de seu poder discricionário quando estiver autorizado e o interesse público exigir”.¹³

A bem da verdade, não há ato totalmente discricionário, porque ao menos a competência e a finalidade serão sempre vinculados. Dito de outro modo, a lei sempre indica qual é a autoridade competente para a prática do ato e, semelhantemente, a finalidade do ato, seja vinculado ou discricionário, sempre será o interesse público.

Com efeito, tem-se que a discricionariedade é a liberdade de agir nos limites da lei, cumprindo ao administrador o dever de avaliar sobre as opções que são mais indicadas ao alcance do interesse público. Nesse sentido, Celso Antonio afirma que:

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.120.

13 *Ibid.*, p.121.

[...] a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para decidir ao seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.¹⁴

Incorre em erro aquele que diz que o ato discricionário é insuscetível de apreciação judicial, à medida que “só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo”.¹⁵

Odete Medauar observa que, se antes do advento da Constituição de 1998 já se percebia uma nítida tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de expansão do controle judicial da Administração, essa tendência só pôde se acentuar no decorrer de sua aplicação.¹⁶
Prossegue a autora:

Com efeito, a Constituição de 1988 está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de parâmetros para a atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle. E a ação popular pode ter como um de seus fulcros a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, independentemente de considerações referentes à estrita legalidade.¹⁷

Como já adiantado alhures, mesmo que assim não fosse, ou seja, mesmo que não se tolerasse a apreciação judicial dos atos discricionários, o fato é que, na seara da implementação de políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, a discricionariedade governamental é mínima.

É certo que ao administrador é dado o direito de escolher e optar pela melhor maneira de executar a lei. Todavia, não menos certo é que a

14 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.428.

15 MEIRELES, op.cit., p.122. Nota 11.

16 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.174.

17 Ibid., p.174

ele não é dado o direito de omitir-se quando tem o dever constitucional de agir.

É bem de ver que a observância da oportunidade e conveniência não tem o condão de conferir ao administrador o alvitre de decidir por cumprir ou não a lei, ou melhor, a Lei Maior.

Ao tratar da limitada discricionariedade administrativa na concretização de políticas estatais de cunho constitucional, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen assinala:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. [...] Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. [...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.¹⁸

Do que foi exposto, chega-se à seguinte constatação: estando a política pública impregnada de constitucionalidade, a sua implementação é ato vinculado do administrador. A discricionariedade pressupõe, *a priori*, a decisão pela execução da política e limita-se às opções pelas alternativas de melhor realizá-la.

Se o administrador, por inércia, simplesmente deixa de fazer essas escolhas ou as faz em desprestígio ao interesse público subjacente à política estatal, legitima-se a atuação do Poder Judiciário, quando provocado, para corrigir ou sanar a inconstitucionalidade aflorada, sob pena de se aceitar que o Judiciário assista, passivamente, ao desprezo da Constituição cuja guarda lhe foi confiada.

18 FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59, 95-97.

4 Vinculatividade normativa das normas constitucionais consagradas de direitos prestacionais e mínimo existencial

Outro argumento de peso lançado em desfavor do controle judicial de políticas públicas consiste na alegação de que as normas constitucionais que consagram direitos a prestação têm caráter meramente programático, dependendo da interposição do legislador para produzir efeitos plenos.

Nessa linha, Vieira de Andrade afirma que:

Para que se determinem direitos, é necessária uma atuação legislativa, que defina o seu conteúdo concreto, fazendo uma opção num quadro de prioridades a que se obrigam a escassez de recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, o próprio princípio democrático.¹⁹

Às normas constitucionais veiculadoras de direitos prestacionais estariam reservadas unicamente eficácias de cunho negativo: serviriam de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos, bem como teriam o condão de revogar normas anteriores com elas incompatíveis, ou, ainda, de atuar como modelo interpretativo das demais normas integrantes do sistema jurídico.²⁰

A ausência de eficácia jurídica positiva dos direitos sociais também é justificada pelo seu impacto econômico-financeiro. A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais implica que a vinculação econômica no orçamento estatal propiciou a difusão da teoria da reserva do possível “*o principal arsenal de defesa do Estado no âmbito das demandas que envolvem o controle judicial de políticas públicas*”.²¹

Do ponto de vista fático, a reserva do possível traduz-se na ideia de que “não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado, se não há, de fato, materialmente, dinheiro em caixa. Nesses casos, a propósito, não há direito que se faça valer, já que não há Direito se não houver alternativa. Trata-se da velha máxima romana: *ad impossibilia nemo tenetur ou impossibilium nulla obligatio est*”.²²

19 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p.207.

20 MENDES, op.cit., p.263.

21 CANELA JUNIOR, op.cit., p.92.

22 JACOB, César Augusto Alkmin. A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de

A seu turno, sob o viés jurídico, a reserva do possível corresponde à alegada necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial atinente a políticas públicas.²³ Em idêntico sentido, Ana Paula de Barcellos:

A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustidão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. [...] O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.²⁴

Não obstante os argumentos até aqui esposados, o fato é que tanto a doutrina contemporânea quanto os tribunais nacionais têm engatilhado para um consenso: a possibilidade de se reconhecer, sob condições determinadas, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização do legislador, estando afastada, ainda, a defesa da reserva do possível. Nesse diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde. [...] Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à conformação de liberdade do legislador. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.²⁵

aplicação da verba, no prelo.

23 BEDÊ, Américo Freire Junior. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.74.

24 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.262-263.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p.345.

O mínimo existencial traduz-se, portanto, no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana ao qual se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível perante o Poder Judiciário. Compõe-se de três elementos materiais e um instrumental, a saber: direito à saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça.²⁶

Se o que estão em jogo são direitos agasalhados pelo mínimo existencial, irrelevante é o argumento da reserva do possível. Presume-se, nesses casos, que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades vitais dos indivíduos, as quais, não se pode negar, devem constituir a prioridade de investimento dos recursos públicos.²⁷

A bem da verdade, “a objeção da reserva do possível suscitada em pretensões contidas nesse mínimo revelaria a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública”.²⁸ Dizer que faticamente não há recursos para assegurar as necessidades básicas para uma vivência digna não representa outra coisa senão a confissão de que a alocação dos recursos existentes se deu em censurável desacordo com as prioridades constitucionais.

Destaque-se que, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 482611/SC, de relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento de que a cláusula da reserva do possível não é invocável face às pretensões que envolvam o mínimo existencial, senão vejamos:

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A

26 BARCELOS, op.cit., p.228.

27 BARCELLOS, op.cit., p.274.

28 Ibid., p.274

AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDE RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.²⁹

Depreende-se, então, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional aproximam-se de um ponto convergente. Se a política pública definida na Constituição envolver direito compreendido pelo mínimo existencial, é incogitável a defesa pelo argumento da reserva do possível. Por outro lado, afastando-se a política pública no núcleo de direitos indispensáveis à existência digna, é aceitável que a defesa se estruture na reserva do possível, a qual, de toda sorte, deverá ser concretamente demonstrada pelo ente público demandado.

Nessa última hipótese, também pode a administração pública defender-se através do princípio da razoabilidade, contestando a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito da pretensão demandada.

29 Informativo do STF n. 581, de 05 a 09 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

4 Conclusões

1- O controle judicial de políticas públicas não implica ofensa ao princípio da separação de poderes. A inércia governamental na elaboração ou na concretização de políticas estatais constitui atuação arbitrária, à margem dos ditames constitucionais, tornando-se passível de censura pelo Poder Judiciário - é o poder contendo o poder.

2-Se a política pública estiver definida na Constituição, a sua implementação é ato vinculado do administrador. A discricionariedade pressupõe, *a priori*, a decisão pela execução da política e limita-se às opções pelas alternativas de melhor realizá-la.

3-O mínimo existencial dos direitos representa o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana ao qual se reconhece eficácia positiva, do qual podem se extrair direitos subjetivos a prestações.

4-Quando a política estatal objeto da demanda envolver o mínimo existencial, a defesa da reserva do possível se mostra incogitável. No entanto, se a política pública estiver à margem do núcleo de direitos que compõem a existência digna, abre-se espaço para o ente público demandado demonstrar (e não apenas alegar) a insuficiência de recursos, valendo-lhe também a defesa através do princípio da razoabilidade, conquanto que seja evidenciada a inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade da pretensão aduzida em juízo.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. *Os limites do Judiciário no Controle de Políticas Públicas*, no prelo.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDÊ JUNIOR, Américo Freire. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.13, p. 134-144, 1996.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. Tese defendida na Universidade de São Paulo (USP), no prelo.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo*. Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

INFORMATIVO DO STF n. 581, de 05 a 09 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

JACOB, César Augusto Alkmin. *A “Reserva do possível”*: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, no prelo.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ZANETI JR, Hermes. *A Teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional*, no prelo.