
O CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

*Renata Elisandra de Araujo
Procuradora Federal junto à
Procuradoria Federal em Santa Catarina
Pós-Graduada em Direito Público pela UNB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988; 2 Das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro; 3 O princípio da separação de poderes; 4 Do mérito administrativo – Da discricionariedade da Administração; 5 Das críticas ao controle judicial da execução das políticas públicas; 5.1 Dos parâmetros para o controle judicial; 6 Das hipóteses admissibilidade do controle judicial da execução das políticas públicas; 7 Da Jurisprudência do STF; 8 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este estudo analisa a possibilidade da interferência do Poder Judiciário na execução das políticas públicas a cargo do Poder Executivo, tema comumente denominado pela doutrina de Controle Judicial das Políticas Públicas.

O ativismo judicial no âmbito das políticas públicas se intensificou a partir do momento em que foi constatado o crescimento das dificuldades do Poder Executivo em disponibilizar, a toda população e de norma satisfatória, os serviços públicos essenciais como, saúde, educação, transporte, saneamento básico, dentre outros.

Com base no forte argumento de que a deficiência na prestação desses serviços configura violação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, o Judiciário passou a compelir, cada vez mais, o Executivo a implementar determinado serviço público, em favor de determinado seguimento da população, definindo, inclusive, a forma em que o serviço deve ser prestado. Interferência essa que pode acarretar a violação do princípio da separação dos poderes e a invasão da discricionários da discricionariedade da Administração.

Por tais razões, torna-se imprescindível a definição de parâmetros e limites para atuação do Judiciário no âmbito da implementação das políticas públicas. No intuito de contribuir para a estipulação de limites para atuação judicial serão traçados os pontos negativos dessa interferência com destaque para ausência de formação técnica dos juízes sobre as necessidades globais e regionais da população e o desconhecimento dos limites orçamentários constitucionais impostos ao Executivo. Sob outro enfoque, demonstrar-se-á que os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade poderão ser invocados pelo Executivo para reduzir o controle judicial na execução das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Sociais. Poder Executivo. Controle Judicial.

ABSTRAT: This paper intends to examine the possibility of interference of the Judiciary Power in the implementation of public policies by Executive branch, subject commonly called “the Judicial control of public policies”.

The judicial activism raised after the growing difficulties of Executive branch to make available high quality, public services for all citizens, such as health system, education, transportations, basic sanitation and amongst others.

Based on the strong acquaintance that the lacking of such services is a violation of the social rights guaranteed by the Constitution of 1988, The Judiciary has been compelling the Executive branch

to implement certain services in favor of a specific follow-up population, defining the ways in which the service should be provide, which, in turn, may lead to violation of the principle of separation of powers and invasion of discretionary acts of the Administration.

For these reasons, it is essential to define the parameters and limits for the procedures of the Judiciary in the implementation of public policies and, therefore, the paper will trace the negatives points of the judicial activism with emphasis on lack technical training for judges on the overall needs and regional population and shortage concerning about budget issues established in the Brazilian Constitution. In another approach, the paper will demonstrate that the constitutionals principles of proportionality and reasonableness may be invoked by the Executive to reduce the judicial review of its policies.

KEYWORDS: Public policies. Social basic rights. Executive Power. Judicial control.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu uma profunda modificação no ordenamento jurídico brasileiro ao conferir ampla proteção aos direitos fundamentais e estabelecer que as normas definidoras desses direitos têm aplicação imediata.

Para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, a Constituição atribuiu ao Estado o dever de prestar diversos serviços públicos, dotando-o do poder de arrecadar tributos e obter os recursos financeiros necessários para a realização desse fim.

No entanto, o Estado não tem conseguido desempenhar de forma satisfatória as políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais devido à limitação dos recursos financeiros.

A inexistência ou deficiência do serviço público essencial compromete a qualidade de vida da população que, insatisfeita, recorre ao Poder Judiciário, numa tentativa de obter a imediata solução para os seus problemas.

Surge, então, o questionamento sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição.

O controle judicial das políticas públicas vem sendo objeto de amplo debate na doutrina e jurisprudência sem que ainda se tenha

chegado a um consenso sobre a sua possibilidade e seus limites.

O presente trabalho analisa os limites do controle judicial das atividades do Poder Executivo relacionadas à execução das políticas públicas e demonstra a necessidade de imposição de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial.

Pretende-se demonstrar que o ativismo judicial pode acarretar interferências indevidas nas funções constitucionais conferidas ao Poder Executivo, provocando desorganização da atividade administrativa e impedindo a distribuição racional dos recursos públicos; comprometendo, assim, a continuidade das políticas públicas no geral.

A primeira questão a ser enfrentada consiste na análise dos direitos fundamentais e o seu desdobramento em gerações com enfoque para a controvertida questão da aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Em seguida faz-se necessária uma reflexão sobre princípio da separação dos poderes e sobre os elementos da discricionariedade da Administração.

A apuração das funções e limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas exige também a análise da aplicação do princípio da reserva do possível cotejada com o do mínimo existencial.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As Constituições modernas, além de disciplinar a organização e o funcionamento do Estado, dedicam atenção especial à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O desenvolvimento e valorização do direito constitucional podem ser atribuídos, em grande parte, à afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e à percepção de que a Constituição é o instrumento adequado para a positivação das normas asseguradoras desses direitos¹.

Os direitos fundamentais assumem posição de destaque na Constituição Federal de 1988. Constata-se tal assertiva por meio breve leitura do seu Preâmbulo que atesta a intenção do legislador de instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça².

1 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.260.

2 Ibid.

Adiante, no Título II, a Constituição divide os direitos fundamentais em cinco categorias: direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, direitos de nacionalidade e os direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos³. Em seu título VIII, a Constituição trata especificamente dos direitos sociais como seguridade social, da saúde, da previdência e assistência social, da educação, estipulando diversas garantias e instrumentos para a proteção e efetivação desses direitos.

Para o presente estudo, interessa a classificação doutrinária que situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações correspondentes à ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos⁴. São os direitos de primeira, de segunda e de terceira geração.

Os direitos de primeira geração são os direitos individuais que tiveram como primeira manifestação legislativa a Declaração de Direitos Inglesa de 1689 e ganharam destaque durante as revoluções americana e francesa, mais precisamente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Traduzem a proteção do indivíduo em face do Estado, criando obrigações de abstenção, de não interferência dos governantes na esfera privada dos cidadãos. São direitos de cunho negativo inerentes às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, inviolabilidade de domicílio e de propriedade⁵.

O início do século XX foi marcado por graves distorções sociais decorrentes da industrialização, das crises econômicas, do aumento da densidade demográfica nos grandes centros urbanos⁶. A população empobrecida reivindicava uma mudança na postura do Estado Liberal exigindo a adoção de medidas para atendimento das suas necessidades básicas.

Surgem, então, os direitos de segunda geração ou direitos sociais que foram reconhecidos inicialmente pela Constituição Mexicana de 1917 e pela de Weimar de 1919⁷. Esses direitos são resultado do compromisso do Estado em assumir certas prestações positivas para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e redução da desigualdade

3 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas 1999. p.56.

4 MORAES, op. cit.

5 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.100-101.

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

7 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.101.

social mediante o oferecimento de serviços públicos nas áreas de saúde, educação, assistência social, dentre outros.

De formação mais recente, os direitos de terceira geração são os direitos de titularidade difusa e coletiva que se caracterizam pela indeterminação dos titulares e pela indivisibilidade do objeto. A satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, da mesma forma que a lesão ao direito de um configura lesão do direito de toda a coletividade. Nesta geração, estão os direitos ao meio ambiente saudável, o direito à paz e o direito à proteção do patrimônio histórico e cultural⁸.

Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou a supremacia dos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais. Conferiu, ainda, em seu Art.5º, § 1º aplicação imediata às normas definidoras desses direitos. O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas de definidoras de direito fundamentais são normas de caráter preceptivo e, não meramente, programático¹⁰, vinculando, assim, a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; impondo-lhes a obrigação de concretizar os seus preceitos.

Dessa forma, o Poder Legislativo está duplamente vinculado às normas de direito fundamentais: deve observá-las no exercício de sua atividade legislativa e está obrigado a editar as normas necessárias para regulamentação de direitos fundamentais. O Poder Executivo, por sua vez, deve adotar as medidas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais. Ao Poder Judiciário compete zelar pela aplicação dos direitos fundamentais nos casos concretos que lhe são submetidos.

O reconhecimento constitucional da eficácia imediata dos direitos fundamentais não implica, porém, entender-se que eles geram, sempre e de forma automática, direitos subjetivos concretos e definitivos¹¹.

Isso porque existem normas de direitos fundamentais que não são auto-aplicáveis, dependendo da interposição do Poder Legislativo para produzirem efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais sociais geralmente têm a sua plena eficácia condicionada a complementação do legislador. É o que ocorre com o a maioria dos direitos sociais constantes do Art.6º. Essas normas caracterizam-se pela

8 Cf.BARROSO, op. cit., p.102.

9 CF/88: "Art.5º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

10 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.134.

11 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 135.

baixa densidade normativa, pois, a plenitude de seus efeitos depende da ação normativa do legislador infraconstitucional¹².

Assim, quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos indispensáveis para aplicabilidade imediata e depender da legislação infraconstitucional para se concretizar, não será possível a invocação do Art.5º, § 1º da Constituição¹³.

Não se pode olvidar, entretanto, que algumas normas constitucionais sobre direitos sociais possuem alta densidade normativa de forma que o conteúdo dos seus enunciados já revela os seus principais efeitos. Não necessitam da interposição do legislador e os direitos nelas previstos podem ser prontamente exigidos pelos titulares em face do Estado, a título de exemplo tem-se o direito de greve previsto no art.9º da Constituição.

Acontece que a maioria dos direitos à prestação material apresenta conceitos mais fluidos, imprecisos que tornam a efetividade da norma dependente da atuação do legislador para produzir efeito, dentre esses direitos destacam-se direito à saúde e à previdência social.

Há que se observar, ainda, que os direitos à prestação material tutelam interesses voltados à realização da justiça social e para tanto exigem prestações positivas do Estado. São, assim, direitos que apresentam uma dimensão econômica, eis que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com a disponibilidade de recursos financeiros do momento, na forma prevista pelo legislador¹⁴.

Após a expedição da legislação necessária para a efetividade do direito social à prestação material, poderá surgir o direito subjetivo à prestação concreta. A concretização desses direitos, no entanto, também está sujeita à disponibilidade econômica do Estado e somente poderá ser exigida dentro da reserva do possível. Esse é o ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Aceita-se que também quanto aos direitos derivados, a reserva do possível encontra atuação, não se revelando contrário à isonomia que o Estado restrinja a concessão das prestações ao limite dos recursos existentes. Por isso, já se conceituaram esses direitos derivados a prestação como direitos a igual (não arbitrariamente discriminatória) distribuição das prestações¹⁵

12 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.136.

13 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.137.

14 Cf.MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.261.

15 Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2002. p.151.

Essa breve apresentação das características básicas dos direitos fundamentais sociais mostra-se necessária na medida em que tais direitos constituem-se em parâmetros para eventual controle judicial da execução das políticas públicas.

2 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As políticas públicas são os instrumentos político e administrativos de escolha dos serviços e meios necessários para a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Maria Paula Dallari Bucci atesta que políticas públicas são programas de governo que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹⁶.

As políticas públicas são o principal mecanismo de ação do Estado, seja por meio da edição de atos políticos pelo Legislativo, seja pela realização de atos administrativos pelo Executivo.

A implementação das políticas públicas envolve atuação dos representantes do povo, competindo ao Poder Legislativo a expedição de atos normativos que fixam metas, diretrizes ou plano governamentais e ao Poder Executivo a execução das políticas. As políticas públicas constituem-se num “quadro normativo de ação” informado por elementos de poder público, elementos de expertise e elementos que tendem a constituir uma ordem local”, todos da ordem do aparelho burocrático. Esses fatores atribuem à Administração um importante papel na análise e na elaboração dos pressupostos que dão base à política pública¹⁷.

As políticas públicas devem ser vistas como um processo ou conjunto de processos que leva à escolha racional e coletiva das prioridades necessárias para o atendimento do interesse público. A expressão conjunto de processos conota procedimentos coordenados pelo governo para satisfação do interesse público com o exercício do contraditório. Nesse processo serão descritos os direitos, ônus e deveres da administração e dos administrados aos quais são garantidos a participação e o contraditório¹⁸.

16 Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006. p.241.

17 BUCCI, op. cit. p.249.

18 BUCCI, op. cit. p.264.

A concepção das políticas públicas como processo de formação do interesse público está relacionada à questão da discricionariedade do administrador na medida em que o momento essencial da discricionariedade é o da escolha da opção que melhor atende ao interesse público. E um interesse é reconhecível como interesse público quando for qualificado pela lei ou pelo direito. É o que ocorre no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como finalidade da atividade administrativa¹⁹.

Por fim, compete reforçar que o estudo em questão limita-se à verificação da possibilidade de controle judicial dos atos praticados pelo Poder Executivo para concretização das políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais.

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O estudo sobre a possibilidade e limite do controle judicial das políticas públicas demanda uma análise do princípio da separação dos poderes em conformidade com os objetivos do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação dos poderes teve origem na teoria criada por Locke e desenvolvida por Montesquieu e previu um modelo tripartite de governo com definição precisa das funções legislativa, executiva e judiciária com ênfase para necessidade de limitação do poder pela lei.

Primeiramente, há que se alertar para necessidade de afastar a interpretação distorcida de que a teoria da separação de poderes teria previsto uma separação rigorosa dos três poderes, pois o objetivo de Montesquieu era a contenção do poder e a garantia da liberdade política dos indivíduos. Em sua teoria, Montesquieu não exige a independência recíproca dos três poderes, apenas busca evitar que um poder interfira em outro, retirando a sua independência de modo a afetar a democracia.²⁰Essa interpretação equivocada da teoria da separação dos poderes conduziria ao entendimento de que o Poder Judiciário jamais poderia questionar uma política pública implementada pelo executivo por ser tal conduta incompatível com os mecanismos de freios e contrapesos.

Não se pode olvidar que a teoria da separação de poderes foi proferida em conformidade com as circunstâncias existentes no

19 BUCCI, op. cit. p. 265.

20 MORAIS, Marília de Oliveira. *Saneamento Básico: função e limites do controle judicial*. Recife: UFPE, 2007. p 65.

contexto histórico absolutista em que imperavam o liberalismo e o iluminismo e que tais circunstâncias são muito diferentes da realidade contemporânea. Neste sentido está a doutrina de Krell que critica a reprodução pelas constituições modernas do princípio da separação dos poderes sem considerar o seu distanciamento da realidade atual em que pluralidade de massas almeja soluções práticas de utilidade geral.²¹

A evolução do modelo de estado liberal para estado social acarretou uma mudança na concepção doutrina da separação de poderes, bem como uma mudança no próprio modelo de Estado e de Constituição e, conseqüentemente, a valorização dos preceitos constitucionais. Assim, a interpretação da teoria da separação dos poderes mais adequada à atualidade é no sentido da inexistência de separação absoluta, mas sim predomínio das funções estatais que são atribuídas ao Legislativo, Executivo e Judiciário com a permissibilidade de que cada poder fiscalize o cumprimento das atividades dos outros poderes e o atendimento dos ditames constitucionais em benefício da liberdade da coletividade, num sistema de controle recíproco das funções estatais.

Acredita-se que a interpretação contextualizada da teoria da separação em conformidade com as circunstâncias atuais não conduz à sobreposição de um poder sobre outro, devendo todos aos poderes concentrar suas atividades às suas funções constitucionais para manutenção da harmonia prevista constitucionalmente.

4 DO MÉRITO ADMINISTRATIVO – DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da legalidade como princípio fundamental do direito administrativo. Além do princípio da legalidade, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência conduzem e delimitam a atuação da Administração Pública.

Sabe-se que a Administração, no exercício de seus poderes deveres previstos na Constituição, pratica diversos atos para consecução dos seus objetivos. Os atos administrativos são ordinariamente classificados pela doutrina em atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Os atos vinculados são aqueles em que a lei determina todos os requisitos e elementos para a sua realização sem deixar margem de liberdade à atuação administrativa. Todos os elementos do ato: competência, finalidade, forma, motivo e objeto estão previstos na

21 KRELL, op cit., p.90.

legislação, de modo que a atuação do administrador se limita à adotar a única opção permitida por lei.

Já os atos administrativos discricionários são aqueles em que a lei não regulamentou de forma suficiente todos os elementos, deixando a cargo do administrador certa margem de liberdade para escolha dos elementos: motivo e objeto.

O poder discricionário da Administração é resultado da impossibilidade de previsão legal de todas as condutas possíveis. Toda a vez que o legislador não puder definir qual a conduta necessária para o atendimento do interesse público haverá delegação do poder de escolha ao administrador entre duas ou mais opções conferidas pela norma.

Diogo de Figueredo Moreira Neto conceitua a discricionariedade como uma competência conferida à Administração para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo da legitimidade necessária para integrar a definição dos elementos essenciais à prática de atos de execução, objetivando o atendimento de um interesse público específico²².

De acordo com o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode decorrer de três fatores:

- a) da imprecisão da descrição fática pela lei (hipótese da norma);
- b) concessão de alternativas de conduta ao administrador (comando da norma); e
- c) conceitos vagos e imprecisos (finalidade da norma)²³.

O autor alerta que, embora se deva considerar que as causas determinantes da discricionação irão residir num dos três mencionados fatores (hipótese, mandamento ou finalidade da norma), não será neles que a discricionação se expressa, pois ela se manifesta em um único elemento que é conteúdo do ato praticado, a providencia adotada pelo administrador²⁴.

A noção de discricionariedade não se limita ao campo das opções administrativas efetuadas com base no critério da oportunidade e

22 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade .Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1991. p. 22.

23 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 8ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007. p.19.

24 Cf. MELLO, op.cit, p. 21.

conveniência (mérito administrativo), envolvendo também o tema da inteligência dos conceitos indeterminados²⁵.

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões ou termos contidos nas normas jurídicas sem sentido e definição pré-estabelecidos que permitem que o administrador possa atribuir certo significado mutável, em razão do juízo de valor que se faça da norma, é o que se sucede com expressões como “interesse público”, “ordem pública e “segurança nacional”; diferem da discricionariedade, pois esta representa uma situação jurídica diante da qual o administrador pode optar entre várias condutas lícitas, sem que haja imprecisão de sentido das normas²⁶.

Na conformidade com a moderna doutrina alemã, Eduardo Garcia de Enterría afasta a esfera de discricionariedade da administração por considerar que os conceitos são indeterminados apenas quando analisados abstratamente, mas nunca diante do caso concreto. Para essa doutrina, não há que se falar em discricionariedade já que os conceitos indeterminados dependem apenas de uma interpretação por parte do Poder Judiciário que irá definir a solução adequada para o caso concreto²⁷.

Acontece que muitas vezes não haverá apenas uma solução adequada para o caso devido à possibilidade de diversas interpretações possíveis e razoáveis. Nesses casos, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que não haverá violação da lei se o administrador, com base em entendimento razoável, efetuar uma opção válida para o caso de conceito indeterminado. Essa opção do administrador não poderá ser substituída pelo Poder Judiciário por ter sido proferida dentro da legalidade²⁸.

José dos Santos Carvalho Filho leciona que a confusão entre conceitos indeterminados e discricionariedade decorre da circunstância de que ambos “se enquadram nas atividades não vinculadas da Administração, uma vez que neles a norma não exige padrões objetivos de atuação”. Para o doutrinador, o conceito indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente) porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, enquanto a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma,

25 MELLO, op.cit. p. 28.

26 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 43

27 MELLO, op.cit. p.22.

28 MELLO, op.cit. p.23.

visto que a norma permite que o administrador escolha a configuração desses efeitos²⁹.

Em casos de dúvida sobre a correta subsunção do caso concreto à determinação normativa descrita mediante conceito impreciso, restará ao Poder Judiciário apenas verificar se a Administração manteve a sua atuação dentro dos limites da lei ou se os extrapolou. Verificando que a opção administrativa não contraria o direito, o Judiciário não terá legitimidade para rever o ato.

Na prática, verifica-se a desnecessidade de se efetivar a distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados porque em ambos os casos haverá liberdade administrativa conferida por lei passível de ser contrastada pelo Judiciário que verificará se a conduta da Administração, no caso concreto, foi proferida de acordo com a liberdade conferida pela lei.

Importante salientar que o reconhecimento da possibilidade de discricionariedade em casos de conceitos indeterminados não conduz ao alargamento da liberdade da Administração; primeiro, porque os conceitos indeterminados têm um conteúdo mínimo indiscutível, uma densidade mínima; segundo, porque a interpretação desses conceitos pelo administrador não pode ser feita de acordo com a concepção pessoal do servidor, mas sim com o sentido reconhecido socialmente; terceiro, porque a interpretação há de ser sistemática, em conformidade com a totalidade das normas jurídicas, jamais como um seguimento isolado do direito³⁰.

Há que se atentar, ainda, para o fato de que a concessão legislativa da discricionariedade ao administrador não o exime de optar pela melhor solução para o caso concreto. Se o administrador praticar um ato divergente daquele adequado para o caso ou se tiver optado por um ato impróprio em relação à finalidade legal, seu ato estará sujeito à revisão jurisdicional por ter ultrapassado o limite da discricionariedade. Em outros termos, a discricionariedade não afasta o controle da legalidade.

O administrador deve fazer opções idôneas para chegar à finalidade prevista na legislação. O ato administrativo deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que se possa verificar se houve correlação lógica necessária e se o ato tem idoneidade para alcançar a finalidade almejada. Com isso pode haver situações em que a discricionariedade, embora existente ao nível da norma, deixa de existir no caso concreto.

29 CARVALHO FILHO, op.cit., p. 43.

30 Cf. MELLO, op. cit., p.30.

Não é demais reforçar que a discricionariedade na escolha dos motivos e objeto está sujeita a limites que, ultrapassados, fulminam o ato de nulidade: são os limites à oportunidade relativos ao motivo e os limites à conveniência, relativos ao objeto. A oportunidade e conveniência estão sujeitas a parâmetros legais. Há limites para oportunidade integrar o motivo e, há limites à conveniência, para integrar o elemento objeto. A não observância desses limites legais caracteriza exercício irregular, e, portanto, passível de ser verificada pelo Judiciário³¹.

A discricionariedade deve se restringir aos limites de oportunidade que são os requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica a serem satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo³².

O motivo corresponde à situação de direito e de fato que autoriza ou determina a prática do ato discricionário. A inexistência de motivos para a prática do ato configura desvio de finalidade. O motivo há que ser também razoável, ou seja, deve contribuir, de forma efetiva, para o satisfatório atendimento do interesse público; deve ser proporcional em relação às circunstâncias que suscitaram o ato e, ainda, suficiente e necessário para a prática do ato e adequado à natureza jurídica do ato praticado.

O Poder Judiciário tem legitimidade para averiguar se, no caso concreto, a opção administrativa se manteve ou não dentro dos limites da razoabilidade, e anulá-la sempre que constate uma imprópria qualificação dos motivos diante da lei, uma abusiva ampliação do sentido da lei, uma desproporcional extensão do sentido da lei perante os fatos a que se quer aplicá-lo³³.

Por sua vez, os limites de conveniência à discricionariedade são os requisitos mínimos a serem observados para que o objeto, discricionariamente definido para consecução dos resultados pretendidos, possa atender ao interesse público definido pelo legislador³⁴.

Ao utilizar-se da conveniência para a escolha do objeto, compete ao administrador se certificar sobre a possibilidade jurídica e física do objeto e se este objeto se encontra de acordo com a finalidade a ser atingida (interesse público).

A prática de ato em desconformidade com a finalidade da lei e com o interesse público caracteriza desvio de poder e a sua

31 Cf. MOREIRA NETO, 1991. p. 22.

32 MOREIRA NETO, op. cit. p.41.

33 Cf. MELLO, op. cit., p. 92.

34 Cf. MOREIRA NETO, op. cit., p. 51.

constatação requer a análise de todos os elementos que envolvem o ato como os antecedentes, fatos, circunstâncias, motivos, usualidade ou excepcionalidade da providência adotada. Não haverá discricionariedade se o agente administrativo incorrer em desvio de poder, pois sua conduta será ilegal e passível de ser corrigida pelo Poder Judiciário.

Compete à administração envidar todos os esforços para a escolha dos meios adequados para alcance dos resultados almejados pelo interesse público. O atendimento ineficiente ao interesse público específico constitui-se em vício de finalidade, sujeito ao controle judicial.

Como visto, o controle da legalidade não está adstrito aos requisitos exteriores do ato administrativo, podendo-se estender aos motivos e ao objeto que, considerados no caso concreto, não estejam em conformidade com a finalidade da norma.

Em suma, os elementos do mérito administrativo, oportunidade e conveniência, poderão ser examinados pelo Poder Judiciário sempre que se pretenda concluir pela sua conformidade com o ordenamento jurídico, não havendo que se falar em limitação à liberdade do administrador e sim de controle judicial de legalidade.

5 DAS CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por ora, passa-se a demonstrar os motivos e as razões que restringem as possibilidades de controle judicial das políticas públicas.

Inicialmente deve se considerar que a excessiva intervenção judicial nas políticas públicas configura afronta à soberania popular exercida por meio de sufrágio universal.

A soberania popular se realiza por meio da eleição de seus representantes. Pelo sistema representativo, os Chefes dos Poderes Legislativo e Executivo são escolhidos pelo povo para a defesa dos seus direitos e interesses.

Ao seu turno, os membros do Poder Judiciário são, em regra, selecionados por critérios técnicos e não eletivos que não contam com a participação popular, não representando, a princípio, os interesses da população.

Verifica-se, então, que a idéia de governo da maioria se realiza principalmente na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo aos quais compete a definição das políticas públicas de acordo com as prioridades definidas pelos cidadãos³⁵, não sendo admissível que o Poder Judiciário,

35 Nesse sentido está doutrina de BESERRA, Fabiano Holz. *Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF*.p.110 In: Revista de Direito Social, Porto

que não dispõe de legitimidade democrática, substitua a vontade da população pela sua vontade.

Há que se considerar, ainda, que execução das políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos. Neste contexto, a escassez de recursos econômicos impõe ao Estado a realização de opções de alocação de verbas de acordo com o momento histórico e o quadro político do país. Essas opções podem resultar no atendimento de determinadas políticas públicas em detrimento de outras e favorecimento de determinado segmento da população; questão, que também justifica a importância da legitimação popular, pois somente os representantes da população são autorizados a definir suas necessidades prioritárias diante da impossibilidade de satisfação de todos os seus direitos³⁶.

Outro fator que contribui para restringir as hipóteses de intervenção judicial na execução das políticas públicas consiste na atribuição constitucional ao Poder Executivo do dever de exercer as atividades administrativas e de executar as políticas públicas necessárias ao atendimento dos direitos fundamentais. Essas atribuições estão previstas no art.84, inciso II, da Constituição e deverão ser cumpridas pelo Poder Executivo, não competindo ao Poder Judiciário assumir o desempenho de tais obrigações, devendo limitar sua atuação à função de fiscalizar a constitucionalidade e legalidade das atividades administrativas³⁷.

Por outro lado, a verificação da disponibilidade de orçamento e o controle de sua distribuição exigem conhecimentos técnicos específicos, estudos e domínio de informações por parte dos gestores e administradores, questões que estão fora do alcance do Poder Judiciário que não dispõe de uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades da população como um todo. Nesse sentido está o entendimento de Fabiano Holz Beserra:

A verificação da disponibilidade de numerário e, acima de tudo, o controle orçamentário não raro demandam o domínio de uma gama

Alegre, Notadez nº18, p.99-110, abril-junho2005. De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazerem opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa.

36 Ibidem.

37 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. p.167.

de informações e uma formação técnica especializada, de difícil manejo no exercício da jurisdição.

Especialmente, em demandas individuais nem sempre é possível que se chegue a numa visão do conjunto orçamentário e da repercussão das opções de gasto em áreas sociais igualmente legítimas. Essa tarefa é particularmente dificultada pelo fato de o Poder Público ser demandado concomitantemente em diversas unidades jurisdicionais³⁸.

Deve-se enfatizar que a ausência de conhecimentos técnicos específicos limita a capacidade do Poder Judiciário de interferência nas políticas executadas pela Administração Pública, pois nos dizeres de Luís Roberto Barroso: O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública³⁹.

Sob outro enfoque há que se considerar também que a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 3º, os objetivos a serem necessariamente alcançados pelo Estado e, para garantir a realização desses objetivos, definiu todo o sistema de planejamento da atuação estatal constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se completam; a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA)⁴⁰.

Ao tratar do sistema orçamentário, a Constituição prevê em seu art. 165, § 4º que todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos deverão ser elaborados em consonância com o

38 BESERRA, Fabiano Holz. *Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF*. p.110. In: Revista de Direito Social, Porto Alegre, nº18, p. 99-110, abril-junho 2005.

39 BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Revista de Direito do Estado, V.3, Rio de Janeiro, Renovar julh/set 2006, p. 32, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. p.55. In: Interesse Público, Belo Horizonte, ano IX, n46, p31-61, 2007, 54-55 "Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõe de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado".

40 Cf. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. p.220. *Revista Interesse Público*, V.32, Porto Alegre: Nota Dez, 2005, p.213-227

plano plurianual e; em seu art. 166 § 4º, estipula que a lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser compatível com o plano plurianual. Em seu art.167, a Constituição disciplina as condutas vedadas ao Poder Executivo no tocante às despesas e receitas⁴¹.

Do exposto, constata-se que a Constituição e as Leis Orçamentárias discriminam de forma detalhada a alocação das receitas públicas, limitam as despesas e definem as metas e objetivos a serem atingidos pelo Poder Executivo. Todas essas normas devem ser observadas pela Administração para a realização dos objetivos constitucionais previsto no art.3º da Constituição⁴².

Conclui-se então que o Poder Executivo não possui ampla discricionariedade para dispor dos recursos financeiros como bem entender, restando-lhe apenas uma reduzida margem de liberdade para execução das políticas públicas.

Não se pode esquecer que a Constituição prevê limitações para a arrecadação das receitas ao tratar do sistema tributário nacional, estipulando diversas limitações ao poder de tributar do Estado, dentre as quais se destacam os princípios da reserva legal tributária, da anterioridade da lei instituidora do tributo e da irretroatividade.

Ademais, a reduzida margem de discricionariedade na alocação dos recursos impede que o Estado destine todos os recursos na efetivação de políticas públicas devido à existência das demais despesas estatais que também são obrigatórias por imposições Constitucionais como as despesas com pessoal.

Essa limitação da liberdade de alocação de recursos deve ser preservada de forma a não se admitir que o Poder Judiciário interfira nas condutas da Administração proferidas nos termos da legislação orçamentária e da Constituição.

A corroborar essa assertiva, utiliza-se do exemplo do direito à educação que tem, na Constituição (art.212) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a garantia dos recursos necessários ao seu financiamento por meio de um sistema automático de repasses que elimina a discricionariedade do Poder Executivo em sede de formulação da lei orçamentária anual⁴³ A discricionariedade do Executivo é limitada também pela a participação ativa da sociedade por meio dos

41 Ibid.

42 SCAFF, op.cit. p.220.

43 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba:Juruá, 2008. p. 147.

conselhos previstos na legislação⁴⁴. Assim sendo, se o Poder Executivo observar as normas da Constituição e as leis orçamentárias, não será possível a interferência judicial nas atividades realizadas porque a sua conduta foi proferida no estrito cumprimento de seu dever previsto constitucionalmente.

Do exposto, consta-se que os motivos apontados comprovam a necessidade de se restringir o controle judicial das políticas públicas aos casos em que a Administração não observar a Constituição e a legislação infraconstitucional.

5.1 DOS PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL. DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Já foi afirmado que a Constituição Federal de 1988 conferiu ampla proteção aos direitos sociais, aumentando, conseqüentemente, o número de atribuições e funções do Estado.

Mencionou-se também que o planejamento e a execução das políticas públicas destinadas ao atendimento dos direitos sociais geram altos investimentos para a Administração e que os recursos financeiros disponíveis não são suficientes para atendimento de todas as necessidades da população, impondo ao Poder Executivo a escolha de prioridades.

A insuficiência de recursos financeiros constitui-se no principal argumento utilizado pela Administração para justificar inexecução de uma determinada política pública. Essa possibilidade de restrição da atuação estatal em razão da inexistência de recursos é denominada de reserva do possível.

A teoria da reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, teve origem na da jurisprudência da corte constitucional alemã que, na década de 70, decidiu que a implementação dos direitos a

44 Lei 9.394/96: Art. 9º A União incumbir-se-á de: [...]

§ 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

I - [...]

II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

prestações positivas por meio de serviços públicos pelo Estado estava sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, Na lição de Andréas Krell:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberecht) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional pode esperar da sociedade”.Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social: a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos⁴⁵.

No Brasil, a reserva do possível é defendida pela doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco que considera que a realização dos direitos à prestação material depende das conjunturas econômicas e das disponibilidades financeiras do momento. Segundo o autor, a exigência de satisfação desses direitos é medida pela ponderação dos interesses envolvidos observado o estágio de desenvolvimento da sociedade⁴⁶. Na mesma linha de entendimento, o Ministro Gilmar Mendes reconhece que a efetivação dos direitos está submetida à reserva do financiamento possível.⁴⁷

Por outro lado, a possibilidade de invocação da teoria da reserva do possível pelo Poder Executivo é criticada por expressiva corrente doutrinária, liderada por Andreas Krell, que entende que o reconhecimento da teoria da reserva do possível não pode eximir o Estado do seu dever de garantir mínimo existencial.

Segundo Andreas Krell, a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao cidadão direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços sociais básicos para a garantia de sua dignidade⁴⁸.

Em geral, considera-se como mínimo existencial o conjunto de bens e necessidades básicas imprescindíveis para uma vida

45 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p.52.

46 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires;BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2ª tiragem,Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.146-147.

47 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. 3ª tirag., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

48 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p.62.

digna. No entanto, a definição desse núcleo de necessidades básicas consiste em questão controversa ainda não pacificada pela doutrina e jurisprudência.

Para Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que proporcionam o acesso aos valores civilizatórios e à participação esclarecida no processo político; competindo aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o dever de realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível, tendo como limite o núcleo essencial desses direitos⁴⁹.

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes refere-se se à controvérsia doutrinária e jurisprudencial, informando que elas se manifestam em dois modelos básicos: a) os adeptos da teoria absoluta que consideram o núcleo essencial como unidade autônoma, que independe de qualquer situação concreta, insuscetível de limitação por parte do legislador; b) os defensores da teoria relativa que entendem que o núcleo essencial há de ser definido em cada caso de acordo com o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. Segundo esses doutrinadores o núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio de proporcionalidade⁵⁰.

Ainda na lição de Gilmar Mendes, as duas correntes suscitadas apresentam fragilidades. A teoria absoluta mostra se falha na medida em que, ao acolher uma noção material do núcleo essencial insuscetível de redução, pode, em muitos casos, converter-se numa teoria vazia em razão da dificuldade de se comprovar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial; enquanto a teoria relativa falha ao conferir uma flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais.⁵¹

Para sanar as falhas das correntes apresentadas, Gilmar Mendes adota a solução proposta por Hesse que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra limitações arbitrárias e contra a lesão ao núcleo de direitos fundamentais. De acordo com o Ministro do STF, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida ao fim perseguido, devendo cuidar também da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida⁵².

49 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p.46. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano IX, n 46, p.31-61, 2007.

50 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. 3ª tirag., São Paulo:Saraiva,2007.43-44

51 Ibidem.

52 MENDES, op. cit., p. 45.

Diante das considerações apresentadas neste trabalho e considerando as dificuldades financeiras enfrentadas pelo Estado Brasileiro, entende-se que o conceito de núcleo essencial deve ser interpretado de forma restrita, limitando-se às prestações indispensáveis que possam ser assumidas pelo Estado de acordo com a disponibilidade financeira do momento, ou seja, de acordo com a reserva do possível.

Assim, a teoria da reserva do possível pode e deve ser invocada pela Administração nos casos em que não dispuser de recursos para a execução das políticas públicas nos termos determinados pelo Judiciário. No entanto, reconhece-se a necessidade de imposição de limites para que a reserva do possível não seja utilizada no intuito de justificar a inércia prolongada da Administração.

A aplicação do princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma interessante solução para a limitação do alcance da cláusula da reserva do possível porque propõe a aplicação proporcional dos recursos públicos entre os diversos direitos sociais existentes.

Há, ainda, que se mencionar a solução proposta por Scaff que reconhece a admissibilidade da aplicação teoria da reserva do possível desde que haja comprovação de que os recursos estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível. Segundo o jurista:

Como os direitos fundamentais sociais são, por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para a sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas sejam sanadas através do pleno exercício das liberdades reais (Robert Alexy), ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos (Amartya Sen)⁵³.

Compete lembrar a necessária vinculação do Poder Executivo às determinações constantes da Constituição e das leis orçamentárias que impõem limitações formais e materiais aos gastos públicos e reduzem discricionariedade desses Poderes para utilização dos recursos públicos.

53 Cf. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. p.225 *Revista Interesse Público*, V.32, p.213-227. Porto Alegre: Nota Dez, 2005.

Assim, se Administração Pública tiver observado as determinações da Constituição e das Leis Orçamentárias na aplicação dos recursos e, se essa distribuição dos recursos for proporcional entre os diversos serviços existentes, admitir-se-á utilização da teoria da reserva do possível.

Da mesma forma, será admitida a aplicação da reserva do possível se a Administração comprovar o caráter transitório da indisponibilidade dos recursos e que existe programação orçamentária para que a execução da política pública seja feita de forma progressiva ao longo de determinado período.

6 DAS HIPÓTESES ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As considerações apresentadas conduzem ao entendimento de que controle judicial da execução das políticas públicas pelo Poder Executivo não difere do controle judicial da constitucionalidade e legalidade dos atos da Administração.

Primeiramente, considerando o que foi afirmado no tópico referente aos direitos sociais à prestação, há que se concluir que o Poder Judiciário não poderá condenar a Administração à prestação de uma política pública relacionada a um direito social previsto na Constituição de forma genérica e ainda não regulamentado pelo Poder Legislativo.

Todavia, nos casos em que a norma constitucional apresentar alta densidade normativa e contiver os elementos necessários para a sua aplicabilidade, haverá possibilidade de controle judicial da omissão ou ineficiência da atuação da Administração.

Em se tratando de direito social previsto na Constituição e devidamente regulamentado pelo Poder Legislativo, também se admitirá o controle judicial se o Poder Executivo não adotar as políticas públicas necessárias para a efetivação do direito.

Contudo, se a Administração, em conformidade com as normas Constitucionais e com as normas orçamentárias, comprovar a aplicação dos recursos públicos nos percentuais determinados e a adoção das medidas necessárias para concretização do direito social e, mesmo assim, tais providências não se mostrarem suficientes para a satisfação de determinado direito social, não será permitida a intervenção do Poder Judiciário porque, conforme demonstrado, essa interferência configura invasão as atividades atribuídas pela Constituição ao Poder Executivo.

Há que se considerar que, mesmo nas hipóteses de admissão da intervenção judicial, não se deve admitir que o Judiciário interfira nas opções válidas administrativas para determinar a forma ou

modo de execução da política pública porque tal ingerência também caracteriza invasão das atividades atribuídas pela Constituição ao Poder Executivo.

Novamente relembando o que foi afirmado anteriormente, deve se enfatizar que os direitos à prestação material são direitos que se caracterizam pela sua dimensão econômica e que devem ser satisfeitos de acordo com as conjuntas econômicas e com a da disponibilidade de recursos financeiros, estando submetidos à reserva do possível⁵⁴.

Portanto, diante da inexistência de recursos suficientes, a Administração poderá invocar a teoria da reserva do possível para justificar a impossibilidade de cumprimento da determinação judicial desde que comprove que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados para efetivação dos direitos sociais de forma proporcional aos problemas existentes e de modo progressivo no tempo a fim de que o impedimento ao pleno exercício das capacidades seja sanado nos próximos exercícios financeiros conforme programação razoável.

Por fim, embora a questão não esteja sendo analisada no presente estudo, compete lembrar que sempre haverá possibilidade do Poder Judiciário verificar a existência de desvio de finalidade ou abuso de poder que vierem a ocorrer na execução das políticas públicas.

7 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A matéria objeto do presente estudo já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Direito Fundamental n.º. 45 ajuizada pelo Partido da Social da Democracia contra o veto presidencial que incidiu sobre o § 2º do Art. 55 de proposição legislativa convertida na Lei n 10.707 (LDO)⁵⁵:

54 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.*,146.

55 STF, DJ ,24, abril 2004 ADF45/DF EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE

No caso apresentado, o julgamento da ação foi prejudicado devido à remessa posterior ao Congresso de novo projeto de lei pelo Presidente restaurando a integralidade do inciso vetado. Todavia, o relator, Ministro Celso de Mello, adentrou no mérito da ação para defender a possibilidade, excepcional, de controle judicial das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais em casos de descumprimento por omissão ou ineficiência da ação estatal que venha a comprometer a eficácia dos direitos coletivos.

O Supremo reconheceu que realização dos direitos sociais, além se caracterizar pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, restando comprovada, de forma objetiva, a incapacidade econômica financeira da Administração, não será possível dela exigir a imediata efetivação do comando constitucional. Porém, o relator repudiou a utilização da reserva do possível pela Administração como justificativa da omissão em relação seu dever de disponibilizar serviços públicos aos cidadãos decorrente da malversação dos recursos econômico-financeiros.

O STF destacou a inexistência de liberdade absoluta dos poderes Legislativo e Executivo na execução das políticas públicas em razão da obrigatoriedade de observância das normas constitucionais e se manifestou favoravelmente à intervenção do Poder Judiciário para aplacar a inércia ou conduta abusiva da administração que comprometa a eficácia dos direitos sociais deixando de conceder as condições mínimas necessárias a uma vida digna.

O acórdão do Supremo reconheceu, ainda, que a jurisdição constitucional que lhe é atribuída possui dimensão política que faz com que a Corte não se exima “do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos, econômicos sociais e culturais”.

Em suma, o STF concluiu que o controle judicial das políticas públicas depende da presença cumulativa de dois elementos: 1) a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, e 2) da existência de disponibilidade financeira do estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas.

Os argumentos da ADPF nº 45 têm servido de parâmetro para todo o Poder Judiciário que nele se fundamenta para julgar as políticas públicas de direitos sociais. O próprio STF vem consolidando o seu entendimento sobre a possibilidade excepcional da intervenção do Poder Judiciário na definição das políticas públicas previstas na Constituição

nos casos em que a ação ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo comprometer a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Seguindo o entendimento proferido na ADPF nº45, a Suprema Corte reconheceu, no julgamento do recurso de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5, que o direito à educação infantil, por meio do acesso de crianças de até seis anos em creches, constitui-se em direito social com alto significado social de irrecusável valor constitucional que impõe ao Estado o dever de envidar esforços para sua imediata realização⁵⁶.

A Segunda Turma do Supremo também enfatizou a necessidade de fixação de limites para a teoria da reserva do possível, declarando que sua aplicação somente será admitida quando o Estado comprovar, objetivamente, a incapacidade financeira.

Como visto, as considerações apresentadas nesse estudo estão em consonância com entendimento da Suprema Corte. É extremamente importante que o Estado cumpra as obrigações constitucionais para a concretização dos direitos sociais e que somente utilize o argumento da reserva do possível quando comprovar que, efetivamente, não dispõe de recursos financeiros para atendimento judicial. Não sendo admissível que a Administração utilize, dolosamente, desse argumento para fugir do seu dever Constitucional e manter-se inerte indefinidamente, ainda mais, se dessa conduta puder resultar a nulificação ou, até mesmo, a aniquilação dos direitos fundamentais.

Entretanto, na linha do que foi exposto, entende-se que se a Administração, em conformidade com as normas Constitucionais e com as normas orçamentárias, aplicar os recursos públicos nos percentuais determinados pela legislação orçamentária e adotar as medidas necessárias para concretização do direito social e, mesmo assim, tais providências não se mostrarem suficientes para a satisfação de determinado direito social, não será permitido a intervenção do Poder Judiciário sob pena de ingerência indevida nas atribuições conferidas pela Constituição ao Poder Executivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As breves considerações apresentadas neste trabalho conduzem ao entendimento da possibilidade excepcional de controle judicial das políticas públicas quando a conduta (ação ou omissão) da Administração contrariar as determinações da Constituição e da legislação pertinente.

Admite-se o controle judicial nos casos em que a norma

56 - STF, DJ 03 de fevereiro de 2006 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5 SP

constitucional referente ao direito social apresentar os elementos concretos para a sua imediata aplicação e também nos casos de direitos sociais previstos em norma constitucional genérica devidamente regulamentada pelo Poder Legislativo.

Diversos fatores contribuem para restrição da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas como: ausência de legitimidade democrática, invasão das atribuições conferidas constitucionalmente ao Poder Executivo, ausência de conhecimentos técnicos e noções globais das necessidades da população e inexistência de recursos financeiros para atendimento de todas as necessidades da população.

Diante de uma demanda judicial sobre a efetivação de políticas públicas, a Administração poderá utilizar-se da teoria da reserva do possível para justificar a inexistência ou deficiência da política pública desde que comprove, de forma objetiva, que os recursos financeiros disponíveis estão sendo distribuídos de forma proporcional aos direitos sociais existentes e forma progressiva no tempo para que esses direitos sejam efetivados na maior brevidade possível.

Por fim, ressalta-se que o Poder Judiciário jamais poderá interferir nas opções administrativas relacionadas à forma e modo de prestação da política pública, pois tais atribuições estão relacionadas à discricionariedade conferida ao Poder Executivo pela Constituição.

Não se trata de conferir ao Poder Judiciário a possibilidade de assumir e substituir as funções do Poder Executivo, mas apenas de enfatizar a sua função de fiscalizar a observância das normas Constitucionais.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p.46. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano IX, n 46, p.31-61, 2007.

BESERRA, Fabiano Holz. Comentários sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF. p.110 In: *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez n.18, p.99-110, abril-junho2005.