

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle Judicial das omissões administrativas no tocante às políticas públicas

Viviane Decnop Freitas Figueira

Rio de Janeiro
2009

Viviane Decnop Freitas figueira

Controle Judicial das omissões administrativas no tocante às políticas públicas

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

Viviane Decnop Freitas figueira

Controle Judicial das omissões administrativas no tocante às políticas públicas

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS NO TOCANTE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

Viviane Decnop Freitas Figueira

Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito (UFRJ)

Resumo: As políticas públicas são instrumentos de concretização dos direitos fundamentais. Portanto, a impossibilidade de o magistrado condenar à Administração Pública quando a Administração Pública quedar-se inerte na implementação de direitos constitucionalmente assegurados, acarretando prejuízo concreto a determinado grupo de pessoas, acabaria por tornar inócua a força normativa e, por isso, vinculante da Constituição da República. Não cabe ao magistrado intervir na esfera administrativa, imiscuindo-se na posição do administrador público, mas deve ele fazer um controle através da análise das nuances do caso concreto. Para a possibilidade dessa condenação, ao longo do artigo, será analisada a necessidade de a omissão ser ilegal, do pedido ser juridicamente viável e, ainda, de ponderação do princípio da separação dos poderes com outros princípios constitucionais. A essência do trabalho é abordar a tênue diferença entre a interferência descabida do Poder Judiciário nas escolhas políticas e o controle do caso concreto amparado nas normas constitucionais.

Palavras-chaves: Controle, Judiciário, omissão, Administração Pública, políticas públicas

Sumário: 1- Introdução. 2- Conceito de controle judicial. 3- Conceito de políticas públicas. 4- Governabilidade pelos magistrados ou controle judicial? 5- Direitos fundamentais e políticas públicas. 6- Corrente Tradicional *versus* Corrente do ativismo judicial. 7- A questão do controle judicial do mérito administrativo. 8- Requisitos a serem analisados para a possibilidade de condenação da Administração Pública 8.1- Da omissão estatal no âmbito da legalidade. 8.2- Da necessidade de formulação de pedido juridicamente viável. 8.3- Princípio da Separação dos Poderes. 9 -Análise Jurisprudencial. 10- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a possibilidade do Poder Judiciário condenar a Administração Pública quando ela se omitir em relação a direitos fundamentais como saúde, educação, habitação, meio ambiente equilibrado, etc, desde que demonstrado que da omissão quanto à implantação de uma política pública surgiu um direito subjetivo para a coletividade.

Sempre existiu corrente tradicional amplamente adotada pela jurisprudência no sentido da impossibilidade dessa condenação por força do princípio da separação dos poderes. No entanto, doutrina mais moderna denominada de ativismo judicial vem reformulando o entendimento exposto e assevera ser cabível a condenação do Estado à realização de políticas públicas quando verificado no caso concreto que a não concretização dessa medida acarretou ou está na iminência de acarretar um prejuízo concreto.

Importante a análise do tema sob três prismas quais sejam: a condenação do Poder Público não pode adentrar no mérito administrativo e, por isso, o estudo irá demonstrar que a noção de mérito administrativo está sendo aos poucos mitigada, em observância aos direitos fundamentais e, ainda, quando a inércia do administrador público causa violação de um direito subjetivo, a omissão será ilegal e, portanto, a questão a ser analisada estará no âmbito da legalidade; deve-se formular pedido juridicamente viável, ou seja, determinado e concreto, sob pena do mandamento judicial ser inexecutável e; o controle judicial deve ser balizado pelo princípio da separação dos poderes, estabelecendo os limites para a viabilidade da condenação.

Pretende-se com o estudo possibilitar uma mudança de perspectiva do Poder Judiciário para que o magistrado pondere no caso concreto o princípio da separação dos poderes e a implantação do direito social ou direito difuso em apreço, sob pena de tornar inócuos direitos fundamentais.

Busca-se possibilitar que o interesse coletivo seja de modo mais efetivo controlado pelo Judiciário, o que contribuiria para a aplicabilidade da Constituição da República. Procura-se demonstrar que o princípio da separação dos poderes limita o controle judicial sobre a Administração Pública para que não haja abusos, mas não impede esse controle quando a omissão administrativa houver acarretado um prejuízo, pois nesse

caso, em havendo lei que proteja aquele direito não se trata de invasão do mérito administrativo, mas estaríamos diante de uma omissão ilegal, logo no campo da ilegalidade.

Caminha-se para a verificação de que o princípio da separação não é postulado absoluto e, portanto, deve ser ponderado com outros princípios constitucionais como os princípios da inafastabilidade do controle judicial, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial e, ainda, que o mérito administrativo pode ser controlado, desde que não se analise conveniência e oportunidade, mas seja efetuado controle indireto através do princípio da razoabilidade, ou, como exposto acima, que se entenda que se a omissão causou prejuízo efetivo, estaríamos diante de uma ilegalidade.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: Conceito de controle judicial; Conceito de políticas públicas; Governabilidade ou controle judicial pelos magistrados?; Direitos fundamentais e políticas públicas; Corrente Tradicional *versus* Corrente do ativismo judicial; A questão do controle judicial do mérito administrativo; Os requisitos a serem analisados para a possibilidade de condenação da Administração Pública que serão a omissão estatal no âmbito da legalidade, a necessidade de formulação de pedido juridicamente viável e o Princípio da Separação dos Poderes. Por fim, será feita uma análise jurisprudencial.

A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Insta, portanto, verificar que a coletividade terá seus direitos sociais e difusos protegidos no caso concreto em se admitindo o controle judicial das omissões administrativas no tocante às políticas públicas. Os magistrados para a concretização dos direitos fundamentais devem observar as nuances do caso concreto para julgar procedente ou improcedente o pedido mandamental, não devendo diante da complexidade do tema em análise adotar um único desfecho para o caso, qual seja, a impossibilidade de condenar o Poder Público com base no princípio da separação dos poderes.

2- CONCEITO DE CONTROLE JUDICIAL

A origem etimológica do vocábulo controle: de *contra rotulum* derivou-se o francês *contre-rôle*, “registro que efetua o confronto com o registro original e serve para verificar os dados, abreviando-se, depois essa expressão em controle (Medauar, 1993, p. 13).

A Constituição de 1988 dispõe no seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, tendo por base um conceito substancial de democracia, através da qual se possibilita que os administrados ampliem o espaço de participação na escolha do conteúdo das políticas públicas. Dentro desse contexto trazido pela ordem constitucional vigente, todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder Judiciário o controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana (Ferrajoli, 2002).

O Estado tem direitos em face do indivíduo que estão previstos nas obrigações públicas e o indivíduo, também tem diante do Estado direito a inúmeras prestações que seriam os direitos públicos subjetivos do indivíduo, de modo que se no desenvolvimento dessas relações um ou outro falta ao seu dever, surgem situações contenciosas em que o Estado e o indivíduo ocupam posições antagônicas (Seabra Fagundes, 2005).

No presente trabalho o que nos interessa é o direito dos indivíduos em face do Estado, na medida em que se o Poder Público falta com seu dever, principalmente no que toca às prestações positivas, poderá ser pleiteado junto ao Poder Judiciário esse direito público subjetivo, sob pena de excluirmos da ordem Jurídica o princípio da máxima efetividade da Constituição.

No que tange ao conceito de controle judicial, verifica-se que segundo Hely Lopes (Meirelles, 2004) seria exercido privativamente pelos órgãos Judiciários sobre os atos administrativos do Poder Executivo, Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário quando realiza atividade administrativa.

Na visão de José dos Santos (Carvalho Filho, 2006) seria o controle judicial o poder de fiscalização que o Poder Judiciário tem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário.

Continua o referido doutrinador explicitando que a importância do controle judicial é mais destacada no que tange aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Isso se deve ao fato do Poder Judiciário restaurar uma situação de legitimidade, sem que os indivíduos sejam oprimidos pelo todo-poderoso Estado, quando o Legislativo e Executivo se desprendem de seus parâmetros constitucionais.

Odete Medauar em monografia específica sobre o tema (Medauar, 1993) afirma que controle da Administração Pública é a verificação da conformidade de sua atuação a um cânone, o que possibilita ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado. Explica, ainda, que a expressão controle jurisdicional da

Administração reveste-se de conotação mais ampla que a expressão controle jurisdicional do ato administrativo, pois abrange a apreciação judicial, não somente dos atos, mas também dos contratos, das atividades ou operações materiais e mesmo da omissão ou inércia da Administração. O controle da omissão ou inércia da Administração Pública é o alvo do presente trabalho.

3- CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são os programas governamentais para a consecução de objetivos determinados executadas em um interregno de tempo definido, segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 140)

A referida autora aduz (2002, p. 227) que a importância crescente dada à concretização dos direitos sociais faz com que os juristas, cada vez mais, coloquem as políticas públicas como objeto de estudo, com vistas à concretização da Constituição da República.

Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, amparados pela máxima da igualdade substancial e resguardados pela blindagem do artigo 60, § 4º da CRFB/88. Não apenas os direitos sociais, mas os direitos civis, políticos e difusos configuram direitos fundamentais que devem ser observados.

A definição de políticas públicas segundo Ronaldo Guimarães Gouvêa (1999, p. 63) consistiria em instrumentos estatais de intervenção na economia e vida privada, consoante previsões limitativas e impositivas dispostas na própria Constituição com a finalidade de assegurar as necessárias condições para a consecução dos objetivos constitucionais, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.

As políticas públicas simbolizam, portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, de modo que se mostra crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo.

Dessa forma, as políticas públicas são mais do que simples opções dos administradores no que tange à vida dos representados, mas configuram normas jurídicas

previstas na Constituição que foram incluídas com o escopo de ampliar à vinculação aos objetivos precipuamente previstos como primordiais para a sociedade.

Importante observar que não estarão sendo objeto de questionamento a conduta da Administração Pública quando se omite em relação à pessoa determinada e feri direito individual. Como exemplo, seria o caso de uma criança que morre na escola pública, pois não foi vigiada pelo agente público que ali atuava. Pode-se verificar que nesse caso, não houve uma omissão no tocante à política pública, mas uma omissão praticada por um agente público que acabou acarretando um dano irreversível, o que gerará a responsabilização do Estado.

Como as políticas públicas visam atender o interesse público, a análise das questões concretas, ao final da exposição, estarão voltadas aos direitos coletivos e difusos, ou seja, aos direitos transindividuais. O exemplo que pode ser dado de omissão quanto à política pública seria a possibilidade de desabamento de determinada escola pública passível de ajuizamento de uma ação civil pública para a condenação do estado na obrigação de fazer, qual seja, garantir imediatamente a segurança e incolumidade física das crianças que ali estudam.

4- GOVERNABILIDADE OU CONTROLE JUDICIAL PELOS MAGISTRADOS?

Governabilidade é a capacidade de governar, ou seja, seria a atribuição de eleger as políticas públicas que julga mais adequada.

A formulação de políticas públicas pelos juízes retrata verdadeira aventura política, desprovida de qualquer controle sobre as reais conseqüências desse processo, haja vista que o Poder Judiciário não participa da formulação das metas sociais a serem atingidas pelo governo. Desta forma, haveria um rompimento do equilíbrio necessário à democracia.

No entanto, importante observar que a atuação judicial na garantia dos direitos difusos e coletivos, bem como a previsão de inúmeras possibilidades de controle judicial de constitucionalidade demonstram que o Judiciário brasileiro atua ativamente diante das demandas da sociedade brasileira. É o que Luís Roberto Barroso denomina de

“judicialização da política”, pois á cada vez mais comum atribuir ao Poder judiciário tarefas que anteriormente só eram executadas por órgãos eletivos (Barroso, 2006).

É impossível não reconhecer nos dias de hoje o desgaste social no que tange à representação política, principalmente através dos meios de comunicação em que o conhecimento dos fatos tornou-se mais célere.

Com base nesse contexto social e nas atribuições conferidas pela Constituição da República, apesar de o magistrado não ser considerado representante direto do povo, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, haja vista que não é eleito pelo voto popular, é possível considerá-lo como representante indireto, pois é o intérprete maior das normas jurídicas e é o titular da competência para aplicá-las aos casos litigiosos.

Nessa perspectiva, o referido autor (2006, p. 123) com maestria aduz: “Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída à cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio universal.”

Observa-se que a interpretação pelo magistrado de cláusulas constitucionais abertas pode representar em algumas situações uma verdadeira tirania judicial nas hipóteses em que a decisão do juiz se revele insuficiente. Nesse contexto, a imposição dos limites deve ser retirada da própria Carta Constitucional.

O primeiro limite atribuído ao controle jurisdicional é conferido pelo princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da constituição da República que assume uma nova dimensão, na medida que ao Poder Judiciário não só cabe aplicar o Direito no caso concreto, mas garantir a Supremacia da Constituição.

A atividade de controle que é exercida mais eficazmente através da ação civil pública e do controle de constitucionalidade visa assegurar que os valores constitucionais sejam concretizados no atual sistema político, o que se busca é uma ordenação da vida política do país através do maior instrumento jurídico que é a Constituição, de modo que os governantes não possuem uma liberdade sem qualquer parâmetros para implementar as políticas públicas, mas devem se ater às normas constitucionais.

Nos dias atuais há uma nova variante que é a decisão judicial nos processos coletivos. Nesse contexto, o juiz assume um papel político, na medida em que impõe ao Poder Executivo limitações na execução de projetos de governo quando estas escolhas estão violando os comandos constitucionais.

Desta forma, observa-se que vai de encontro ao Estado Democrático de Direito a governabilidade pelos magistrados, sob pena dele se imiscuir na competência do administrador público. No entanto, importante considerar a representatividade, ainda que indireta, do magistrado em relação à população, haja vista que ele participa ativamente da solução dos litígios quando há ameaça ou lesão a determinado direito subjetivo.

Observa-se, uma parcela de poder público foi conferida pela Lei Maior ao Poder Judiciário, até mesmo para que seja honrada a sua posição de maior intérprete e conseqüentemente, o dever de conferir às normas constitucionais a máxima efetividade.

A Constituição através dos instrumentos jurídicos previstos em seu bojo demonstra sem nenhuma dificuldade que o administrador não tem plena liberdade na concretização dos direitos fundamentais, de modo que o controle judicial, desde que respeitados os limites de sua competência, é imprescindível para garantir a aplicação das normas constitucionais.

5- DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

O constitucionalismo atual tem como traços fundamentais a normatividade das disposições constitucionais, ou seja, a compreensão de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e a incorporação de normas programáticas que são dotadas de opções políticas primordialmente sobre a efetivação dos direitos fundamentais.

Importante observar que para a efetividade dos direitos fundamentais é essencial a atuação, ou seja, como por exemplo, as prestações positivas de saúde e educação, e a omissão do Poder Público, em relação a outros direitos, sendo possível explicitar com a liberdade de expressão, em que o ideal é que o Estado seja omissor, sob pena de cercear esse direito.

Conforme entendimento de Daniel Sarmiento (Sarmiento, 2003), o princípio da dignidade foi reconhecido como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1, III da Constituição e desempenha várias funções no ordenamento, sendo a primeira delas a própria legitimação ética da Constituição, outra função seria de limitação indeclinável para atuação do Estado e, ainda, teria como função a de promover pelo Estado esta dignidade

através de condutas ativas que garantem o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Isso se deve ao fato do homem ter a sua dignidade aviltada não só quando se vê privado de algumas das suas liberdades fundamentais, como também não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc.

A Constituição da República prevê determinadas opções políticas em caráter prioritário, o que demonstra que as escolhas quando relativas aos gastos públicos não são reservadas apenas às escolhas discricionárias dos nossos governantes.

Os direitos fundamentais constituem um núcleo normativo que vincula as normas constitucionais e infraconstitucionais e, por isso, devem ser considerados o norte de todo o sistema. Segundo Ana Paula de Barcellos (2006, p. 42) os direitos fundamentais configuram cláusulas pétreas, ou seja, um núcleo mínimo de decisões que deve ser observado por qualquer grupo político no poder.

Continua a renomada doutrinadora (2006, p. 43) concluindo que se a Constituição da República estabeleceu fins públicos prioritários, sendo tais disposições normas jurídicas, não haveria sentido a conclusão que a atividade de definição das políticas públicas que irá ou não realizar esses fins deve estar absolutamente afastada do controle jurídico. Dessa forma, não se trata de anulação do político pelo jurídico, mas de limitação desse sobre aquele.

A Constituição da República torna inadmissível uma visão limitada dos direitos sociais, pois consagra através de seus princípios fundamentais a justiça social como fim do Estado, demonstrando que o fim da Lei maior é transformar a realidade brasileira.

Conforme previsão do artigo 3º da Constituição da República, o combate à pobreza e à desigualdade econômica às disparidades regionais, dentre outros, se apresentam como os objetivos fundamentais, além de todos os direitos sociais presentes no corpo do texto constitucional.

Esse dispositivo constitucional implicitamente acaba por ordenar a criação de políticas públicas, de forma a tornar a sociedade mais equitativa. Se o Poder Judiciário é o aplicador das normas constitucionais nada mais lógico do que a possibilidade, e porque não afirmar, o dever de controle por ele das políticas públicas se houver omissão do estado em aplicar os comandos constitucionais.

Ademais, os direitos fundamentais previstos na Lei Maior ganham contornos visíveis no âmbito social quando são efetivadas as políticas públicas, de modo a conferir materialidade aos direitos fundamentais.

Portanto, se entendermos que não é cabível o controle judicial das omissões administrativas no que tange às políticas públicas, acabaria por engessar a Constituição da República, pois não seria conferida eficácia aos direitos fundamentais.

No entanto, essa garantia dos direitos fundamentais não pode ser indiscriminada, ou seja, não pode acabar por invadir a competência do Poder Executivo, pois cabe a ele a função de administrar os interesses da população. Indispensável, portanto, o estudo dos limites do controle judicial sobre as omissões em relação às políticas públicas.

6- DA CORRENTE TRADICIONAL *versus* CORRENTE DO ATIVISMO JUDICIAL

Com base no princípio da separação dos poderes muitos doutrinadores, o que inclui Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles, acabem por inadmitir o controle judicial das omissões administrativas no que toca às políticas públicas, pois entendem que o julgador estaria se imiscuindo na posição de administrador.

Ocorre que essa corrente, muitas vezes, preocupada com essa interferência nos Poderes da República acaba por não observar as nuances do caso concreto por considerar o princípio da divisão funcional do poder como postulado fundamental que não admite ponderação com os demais princípios constitucionais.

No entanto é preciso avaliar que, em diversos momentos, a omissão gerou um dano efetivo ao indivíduo que, portanto, tem um direito público subjetivo amparado pela ordem constitucional através dos princípios fundamentais.

O fundamento da impossibilidade de controle é que não cabe ao magistrado governar, ou seja, optar pelas melhores escolhas para o desenvolvimento social, até porque ele não está a par das grandes dificuldades coletivas, pois não tem como função precípua a observação dos anseios sociais.

Através dessa corrente qualquer interferência do Poder Judiciário na atividade administrativa resultaria em abuso de poder, pois estaria o Judiciário agindo fora do seu âmbito de competência.

Outro fundamento que ampara a corrente tradicional além do princípio da separação dos poderes é a impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito

administrativo. Ocorre que esse mérito administrativo nada mais é do que a opção de escolha conferida pela lei ao administrador para que através da utilização de critérios de conveniência e oportunidade atue administrativamente mediante a escolha do objeto e motivos do ato administrativo que melhor atentam as necessidades sociais. Essa possibilidade de reavaliar a conveniência e oportunidade do ato é de competência privativa do administrador público.

No entanto, quando o fundamento é a discricionariedade do administrador público gera a não observação da violação patente ao direito público subjetivo e a não verificação de que dependendo do caso concreto estão no âmbito da legalidade, logo cabível que o provimento jurisdicional seja mandamental, pois sequer será questionada a invasão do mérito administrativo.

Com base nesses dois fundamentos, entende a corrente tradicional que não poderia haver qualquer interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo quanto às opções que o administrador venha a fazer durante o seu mandato. Ocorre que essa conclusão só deve ser aplicada quando se tratar de uma omissão genérica, pois quando houver uma omissão em relação a um fato específico se houve dano ou estiver na iminência da ocorrência de um dano deverá haver o controle, pois não é caso mais do administrador fazer escolhas na sua gestão, mas porque já houve a violação de direitos previstos constitucionalmente.

Outra corrente traz um instituto jurídico denominado ativismo judicial que pode ser utilizado em diversas acepções, todas elas voltadas para uma maior atuação do magistrado nos dias atuais que se contrapõe à uma visão ultrapassada de magistrado estátua, no entanto, nos interessa mais especificadamente a atual judicialização da política no que toca aos direitos sociais que vem sendo incentivada pela lei ao prever mecanismos como a ação civil pública e o controle de constitucionalidade.

Os direitos sociais representaram grande vitória da democracia, mas a mera previsão constitucional não os torna efetivos no meio social. Nesse contexto, o Poder Judiciário vem exercendo a função de implementar esses direitos sociais.

Para a corrente do ativismo judicial é função do Judiciário interferir no Poder Executivo quando este não estiver cumprindo suas obrigações, sob pena de abdicar de sua função constitucional.

No entanto, esse argumento genérico acaba por impedir que observemos os problemas que podem advir da judicialização das medidas sociais quando tiver por objeto a implementação de políticas públicas abrangentes, pois a consecução dessas medidas necessária a conjugação de vontade política e conhecimento técnico, o que o Judiciário não possui.

Com base no argumento genérico de que o ativismo judicial possibilita a judicialização da política pública, pois o magistrado tem como função implementar os direitos sociais muitas vezes é possível que a implementação de políticas públicas pelo Judiciário possa causar mais danos do que benefícios, pois não está capacitado para pensá-la e articulá-la. Entretanto, está preparado institucionalmente para exigir do administrador transparência e racionalidade na alocação de recursos para as áreas sociais.

Logo, o ativismo judicial confere muito mais poderes para o juiz com base nos dispositivos constitucionais que conferiram ao Judiciário a função de interpretar a Constituição da República que possui normas vinculantes em decorrência da sua força normativa. No entanto, o magistrado não pode legitimar suas decisões pura e simplesmente com base no ativismo judicial, sob pena de beirar o arbítrio, mas deve utilizar esse instituto como meio que conjugado a criação de parâmetros para que não adentre na função de administrador obtenha o fim desejado qual seja a observância dos direitos fundamentais junto à sociedade.

7- A QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

As políticas públicas são atos administrativos discricionários, na medida em que o objeto e o motivo não estão previstos expressamente na lei, mas dependem da aferição de conveniência e oportunidade pelo administrador público.

O objeto representa o resultado prático a ser atingido pela Administração Pública, enquanto o motivo são as razões de fato e de direito que embasam a escolha.

Se um administrador tem um determinado valor em caixa pode optar por construir uma escola, ao invés de um hospital por considerar que naquela localidade, a precariedade do ensino se sobrepõe às condições em que estão sendo proporcionadas instalações médicas.

Esse é o mérito administrativo, ou seja, a faculdade conferida ao administrador de aferir a conveniência e oportunidade em relação ao objeto e motivo para o ato administrativo que pretende concluir.

A doutrina sempre entendeu, o que continua predominando nos dias atuais, que o Judiciário não pode exercer controle judicial do mérito administrativo, sob pena de imiscuir-se na posição do administrador público, o que acabaria violando o princípio da separação do poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República.

Esse é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 110) que expõe seu posicionamento da seguinte forma: “Se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.”

Segundo Seabra Fagundes (2005, p.179) quanto à extensão da apreciação jurisdicional dos atos administrativos restringe-se à apreciação no que se refere à lei e no que tange às consequências limita-se à negar efeito ao ato administrativo em cada caso especial. Portanto, é vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito administrativo, cabendo-lhe somente a verificação de sua legalidade.

No entanto, segundo Gustavo Binenbojm (2005, p. 190) essa concepção para a doutrina contemporânea majoritária está ultrapassada pelos seguintes fundamentos: “Mesmo quanto aos atos discricionários, cujo mérito pressupõe um juízo amplo de conveniência e oportunidade pelo administrador, pode haver excepcionalmente, nulidade e, conseqüente controle pelo Judiciário.”

Os direitos fundamentais como o princípio da igualdade, bem como o princípio da razoabilidade previsto implicitamente no artigo 5º, LIV da Constituição da República na norma constitucional que dispõem sobre o devido processo legal substantivo, dentre outros, proporcionam ao juiz uma ingerência crescente sobre o conteúdo de tais decisões.

Nessa perspectiva atual mais adequada às novas imposições da ordem constitucional, o pronunciamento de Sérgio Ferraz (2003, p. 58) contribui para o tema, quando afirma que no momento atual em que as vertentes axiológicas são constitucionalmente obrigatórias, haja vista que se transformaram em direitos públicos subjetivos da cidadania e, conseqüentemente, dever do Estado, o controle do Poder Judiciário, não mais poderá pronunciar-se numa perspectiva meramente formal, da legalidade estrita. A doutrina crescente (com destaques para as posições pioneiras de Caio Tácito) é no sentido de que ao Poder Judiciário também compete o controle de mérito do ato administrativo através da verificação qualitativa do agir administrativo:

Pela exposição supra, verifica-se que a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo não mais pode ser considerada como uma regra absoluta, nos dias

atuais, de modo que além do controle de legalidade, necessário se faz exercer um controle com base nos limites do mérito administrativo, considerando, principalmente o princípio da razoabilidade, sob pena de violação ao princípio constitucional implícito da razoabilidade e, conseqüente abuso de poder.

A noção de mérito administrativo está sendo aos poucos mitigada, em observância aos direitos fundamentais para viabilizar a aplicabilidade das normas constitucionais, de modo a conferir normatividade às normas constitucionais que definem políticas públicas prioritárias.

Deve-se considerar que o mérito administrativo está sofrendo uma releitura, de modo a permitir que o princípio da razoabilidade seja o parâmetro de controle dos atos administrativos.

No entanto, no presente trabalho o que se analisa é a omissão estatal no tocante às políticas públicas que acabam por acarretar um direito subjetivo à coletividade. Portanto, ainda que se entenda que não é cabível o controle judicial do mérito administrativo com base no princípio da razoabilidade, no caso da falta de agir dos governantes que acarrete grave prejuízo à população, ocorreu verdadeira violação do direito subjetivo no caso concreto, ou seja, houve uma omissão ilegal, portanto, deve o controle jurisdicional ser feito no âmbito da legalidade.

Nesse caso, não se trata de avaliação do mérito administrativo como, por exemplo, ocorreria se o Judiciário entendesse que não é razoável a construção de uma Escola pelo Prefeito se está faltando hospital no Município. Trata-se de verdadeira violação a direitos coletivos ou difusos da coletividade como ocorreria se não houvesse qualquer atuação do Poder Público em relação a loteamentos irregulares ou, ainda, se fosse necessário o fechamento de lixão e construção de aterro sanitário, em decorrência das doenças que estão sendo transmitidas à população local.

8- REQUISITOS A SEREM ANALISADOS PARA A POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

8.1- Da omissão ilegal (âmbito da legalidade)

Visto que a própria noção de mérito administrativo vem sendo mitigada pela doutrina contemporânea, de modo que se o governante resolve praticar um ato administrativo, se esse ato não for razoável poderia o Poder Judiciário sindicá-lo. É importante verificar que com muito mais razão poderia o Poder Judiciário controlar a omissão do Poder Público no que tange a determinada política pública se dessa omissão surgiu um direito público aos administrados em decorrência do prejuízo ocasionado, pois, nesse caso, o Poder Judiciário estaria no âmbito da legalidade.

Partindo da premissa de que os grupos sociais têm direito subjetivo a conduta positiva por parte do Estado, ou seja, possuem direitos prestacionais, desde que demonstrado que da omissão surge um direito subjetivo é possível que o magistrado adentre na questão.

Trata-se da superação do magistrado estátua, diante de um direito subjetivo que adveio da omissão administrativa. Obviamente que esse direito deve estar positivado em lei.

Em se tratando de omissão ilegal, há direitos subjetivos advindos da legislação, não abstratamente, mas concretamente, o que faz com que o controle seja de legalidade, não envolvendo critério de conveniência e oportunidade. Não há opção do administrador em se tratando de urbanização de loteamentos irregulares. Seria opção do administrador a escolha de investir determinado valor em urbanização de determinado local ao invés de construir determinado posto de saúde. Já em relação aos loteamentos irregulares surge um direito subjetivo do administrado de regular sua situação junto ao Poder Público. Nesse contexto, a inadimplência é uma ilegalidade.

Essa é a posição de Marcos Maseli Gouveia (2003, p. p. 398/399) que entende que o judiciário pode proferir decisões mandamentais no sentido de que a Administração seja obrigada a uma prestação de fazer, sob o fundamento de que os grupos sociais têm direito subjetivo a essa conduta positiva por parte do Estado, considerados direitos prestacionais. Dentro dessa perspectiva insere-se o que vem sendo considerado ativismo judicial, ou seja, uma mudança de postura do Poder Judiciário diante dos setores administrativos, de modo a reduzir o âmbito do poder discricionário inerente à Administração.

É de grande importância, ainda, distinguir claramente um caso em que o direito público subjetivo está previsto de forma vaga, demandando um verdadeiro ato de vontade da Administração e os casos em que a norma que outorga o direito é provida de alto grau de concretização, permitindo a tutela jurisdicional direta desse direito, conforme se observa no artigo 208, I da Constituição da República que dispõe: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive sua oferta gratuita para todos que a ele não tiverem acesso na idade própria.”

Portanto, a Constituição previu um direito público subjetivo mediante norma constitucional concreta, em que se demonstra que se um grupo determinado de administrados não teve acesso ao ano escolar compatível com a sua idade, ou seja, estará completamente demonstrado o pedido determinado e concreto.

Nesse caso específico, verifica-se que a Constituição da República está elegendo a educação como prioridade constitucional, logo em razão do caráter vinculante dessa norma acaba restando esvaziada a faculdade de exercer suas escolhas nessa seara. Desta forma, em havendo uma omissão estatal em relação a um grupo determinado que não teve qualquer acesso a escola configurará uma omissão ilegal, haja vista que nesse caso o cumprimento do mandamento constitucional é ato vinculado e não discricionário, pois a Constituição traçou a educação como política pública prioritária.

8.2 - Da necessidade de formulação de pedido juridicamente viável

O controle judicial das políticas públicas pode ser viabilizado de modo mais eficiente através da veiculação de ações civis públicas, haja vista que essas ações visam proteger os interesses coletivos ou difusos.

No entanto para o êxito nas ações civis públicas é primordial para a viabilidade jurídica dos pedidos que eles sejam determinados e concretos. Determinados no sentido de que devem ter limites objetivos que possam ser tangidos pela sentença e

concretos levando em consideração que as obrigações omitidas pelo Estado devem ser essenciais à garantia real de um direito metaindividual.

Para exemplificar, não seria possível a formulação de pedidos no sentido da construção de escolas em determinado Município, ou ainda, o pedido no sentido da realização de matrícula imediata de 30.000 (trinta mil) no ensino fundamental. Nesses casos, não é possível executar a sentença cuja obrigação de fazer foi nesse sentido, o pedido é juridicamente impossível.

Deve-se formular pedido juridicamente viável, ou seja, determinado e concreto, sob pena do mandamento judicial ser inexecutável.

O pedido juridicamente possível no caso de se tratar de condenação em obrigação de fazer ou não fazer seria aquele preordenado a alguma situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação de interesses difusos e coletivos. Por outro lado não será o pedido juridicamente possível aquele que condene o Poder Público a obrigação mandamental de forma genérica, abstrata e inespecífica.

Conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2 - 2005, p.81) é juridicamente impossível a condenação do Estado no tocante às políticas públicas genéricas. Continua o autor aduzindo as situações fáticas em que os pedidos seriam considerados possíveis ou impossíveis e, exemplifica no sentido de que seria possível juridicamente que o autor da ação civil pública pleiteasse seja o município obrigado a efetuar reparos em certa sala de aula, em virtude de situação degenerativa que venha provocando ameaça à integridade física ou mesmo à vida dos alunos que diuturnamente nela permaneçam. Já não teria possibilidade jurídica o objeto que pretendesse que um Estado fosse condenado a cumprir genérica e indiscriminadamente, a obrigação de dar segurança pública a todos os cidadãos. Na primeira hipótese o objeto é concreto e o interesse sob tutela é plenamente definido, ainda que não se possam identificar com precisão todos os seus titulares. Na última, ao contrário, a sentença, se acolhesse o pedido, estaria, obviamente invadindo o poder de gestão da Administração, sabido que os serviços públicos coletivos reclamam vários requisitos, como recursos orçamentários, atendimento a planos de prioridade administrativa, criação de cargos públicos, realização de concursos, etc.

Observa-se que o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho demonstra os limites para o provimento jurisdicional que devem ser observados pelo juiz quando se deparar com pedido mandamental em face do Poder Público que tenha como causa de pedir a inércia no que tange às políticas públicas.

8.3- Da ponderação do Princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República é utilizado como fundamento para impossibilitar o controle judicial das omissões administrativas no tocante às políticas públicas. No entanto, não pode se tornar um manto protetor de comportamento ou omissão abusiva por parte da instituição pública.

A doutrina tradicional, capitaneada por Seabra Fagundes (2005, p. 3) sempre explicitou as funções dos poderes estatais de modo estanque, ou seja, uma verdadeira repartição de poderes. Legislar seria editar o direito positivo, administrar seria aplicar a lei de ofício e julgar configura aplicar a lei contenciosamente.

Doutrina mais recente, vem utilizando a denominação divisão funcional do poder que acaba por demonstrar que na atualidade a teoria da separação dos poderes está amparada na cooperação ou colaboração entre os órgãos estatais, que resulta na sobreposição, e não partilha, das funções do Estado (Guilherme Peña, 2008).

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF; MS nº. 23.452, Rel. Min Celso de Mello, j 16.09.1999, DJU 12.05.2000) a interpretação que deve ser feita do princípio da divisão funcional do poder é que ele deriva da necessidade de conter excessos dos órgãos estatais, além de conservar as liberdades do cidadão e constituir o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias previstos na Constituição. Desse modo, o regular exercício do Judiciário, desde que pautado pelo respeito à Carta da República não transgredir o princípio da separação dos poderes. Por fim, a função jurisdicional obsta o exercício abusivo das prerrogativas estatais que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, de modo a conferir ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.

Além de ser objeto de relativização, o princípio da separação dos poderes passa por profunda revisão de seu escopo que passa a ter uma finalidade mais voltada à ponderação com outros princípios constitucionais.

Ana Paula de Barcellos (Separação dos poderes 2000, p. 84) leciona que “a doutrina contemporânea da separação dos poderes é um mecanismo engajado em um

propósito: controlar o exercício do poder(...) garantindo-se ao Estado de Direito e, principalmente, os direitos fundamentais.

Portanto, o princípio da separação dos poderes nesse novo contexto representa uma visão dinâmica de controle dos poderes, o que vem sendo denominado de doutrina de *checks and balances* que significa freios e contrapesos, ou seja, ao invés de uma visão estanque das funções dos poderes estatais, a orientação do princípio da Separação dos Poderes mais importante é de controle da atuação dos poderes entre si, como forma de evitar abusos.

No entanto, em diversos momentos este princípio constitucional é utilizado despropositadamente no sentido de postulado constitucional fundamental, de modo a induzir que não admitiria ponderação com outros princípios constitucionais. Verifica-se que o princípio da separação não é postulado absoluto e, portanto, deve ser ponderado com outros princípios constitucionais como os princípios da inafastabilidade do controle judicial, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Há corrente excessivamente tradicional que fundamenta todos os pedidos judiciais de efetivação dos direitos sociais como uma ofensa ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

No entanto, apesar dos adeptos dessa corrente muitas vezes estarem corretos diante do caso concreto ao entender que a implementação de políticas públicas de caráter geral, ainda que necessárias, não podem ser feitas pelo Poder Judiciário, em outros casos em que há flagrante violação a direito subjetivo previsto na Constituição Federal acabam por considerar da mesma forma impossível a condenação do Estado no que tange às políticas públicas.

9- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Importante a análise jurisprudencial a cerca do tema, pois é o caso concreto que irá balizar a possibilidade ou não de controle judicial da Administração quando ela se omite em relação à determinada política pública. Dessa forma, tendo como base os requisitos para que seja cabível a condenação do Poder Público a uma obrigação de fazer, quais sejam:

omissão ilegal, pedido juridicamente viável e não violação ao princípio da ponderação de interesses, passemos a avaliação de alguns julgados que ajudarão na visualização da aplicação concreta desses parâmetros.

O primeiro precedente importante de ser observado proveniente da Primeira Turma do STJ entendeu que a ação civil pública foi corretamente extinta sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido. O caso é o seguinte: O Ministério Público no uso de suas atribuições ajuizou ação civil pública em face do Município em decorrência da degradação de determinada área, o que acarretou grandes prejuízos à população local. O objetivo era compelir o Município a recuperar área atingida pela erosão, com a realização de várias obras como canalização de minas, drenagem de terreno e construção de rede de esgoto. No entanto, o entendimento da referida Turma foi no sentido de que se o Judiciário for determinadas as obras que o Município deverá realizar estará usurpando as funções que lhe foram conferidas pela Constituição da República. (STJ, Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº.138901/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. Em 15/09/1997, DJ 17/11/1997)

No entanto, verifica-se que restou configurada uma omissão ilegal e específica, pois houve um prejuízo concreto para a população local, o pedido é juridicamente viável, pois certo e determinado, o que ensejaria o cabimento da execução do provimento jurisdicional e, ainda, diante dos fatores analisados, levando em consideração o direito à saúde, à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, haja vista que a Constituição da República traz como principal norte a pessoa humana, de modo que se houver lesão ou ameaça de lesão a seus direitos fundamentais, importante a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer sua força normativa.

Em outro precedente, agora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face do Município de Duque de Caxias, visando a obrigar o réu a matricular genericamente todos os menores, num total aproximado de 30.000 (trinta mil), na rede pública municipal. Concedida a liminar pelo Juízo singular, foi interposto agravo e no julgamento do recurso entendeu-se que a matrícula indiscriminada de menores na rede pública não atende à finalidade prevista no artigo 206, VI da Constituição Federal que prevê que o ensino será ministrado com base no princípio da gratuidade em estabelecimentos oficiais. (agravo de instrumento nº.194/92, rel. Des. Humberto Manes, julg. 15/10/1992).

Nesse caso, diferentemente do primeiro em observância aos requisitos necessários para a condenação do Poder Público, verifica-se que o julgamento foi consentâneo com os requisitos. Observa-se claramente que a pretensão nesse caso não poderia prosperar, haja vista que a omissão perpetrada pelo Poder Público foi genérica e, ainda, o pedido era inviável de execução, pois não seria possível executar uma sentença que condena o estado a matricular indiscriminadamente 30.000 (trinta mil crianças) em escolas públicas. Postura diferente do Judiciário acabaria por violar a divisão funcional do Poder, pois há interferência nas escolhas dos administradores públicos.

Importante diferenciar que o Ministro Celso de Mello em importante precedente para o tema em análise entendeu por condenar o Município a matricular as crianças menores de 5 anos em creches escolares, pois o artigo 208, IV como foi dito representa uma prioridade constitucional que acaba por diminuir a discricionariedade do administrador no que tange às suas escolhas. Trata-se de decisão monocrática que trouxe grande repercussão para o tema, pois entendeu por respeitar a força vinculante e as prioridades constitucionais previstas em algumas normas constitucionais.

O artigo 208, caput, da Carta Constitucional dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia e no seu inciso IV dispõe que a garantia será de educação infantil, em creche ou pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Pois bem, segundo Celso de Mello, em decisão histórica para o controle judicial das omissões administrativas no tocante às políticas públicas, a educação infantil como primeira etapa da formação educacional foi eleita como prioridade constitucional, de modo que configura inaceitável omissão estatal apta a frustrar por inércia, o integral adimplemento pelo Poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto constitucional. Como os Municípios pelo artigo 211, §2 atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil não poderão demitir-se do mandamento constitucional. Apesar de inquestionável que caiba ao Poder Executivo a execução de políticas públicas cabe ao Judiciário, excepcionalmente, determinar especialmente as políticas públicas definidas pelo Constituição que sejam elas implementadas, sempre que os órgãos competentes ao descumprirem os encargos político-jurídicos vierem a comprometer, com sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Outro julgamento importante foi de uma ação civil pública que pleiteava o fornecimento de transporte público para alunos do ensino fundamental e médio em zona rural, haja vista a inequívoca omissão dos réus em garantir às crianças e aos adolescentes residentes na zona rural do município de Porciúncula, matriculados na escola objeto desta ação, ou que

não puderam se matricular pela dificuldade de a ela ter acesso. O entendimento que prosperou foi no sentido da responsabilidade solidária do Município e do Estado. O fundamento da decisão é que a educação foi elevada à categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 6º), e, nos casos em que envolve a criança e o adolescente, o Poder Público deve assegurá-lo com absoluta prioridade (art. 227). Ao reconhecer que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (§ 1º do art. 208), a Constituição assegura e instrumentaliza por meio da ação civil pública a exigibilidade judicial desse serviço público essencial se não for prestado espontaneamente pelo Estado (em sentido amplo). (TJRJ, Apelação nº. 2008.001.02486, Rel. Des. Paulo Gustavo Horta - Julgamento: 04/03/2008 – Quinta Camara Cível).

Importante mais uma vez verificar que a condenação foi absolutamente acertada, pois houve uma omissão ilegal, pois a Constituição foi violada na medida em que ela determina uma obrigação de fazer e, ainda, a omissão foi concreta e não abstrata, haja vista que envolveu prejuízo efetivo das crianças e adolescentes que estudavam em escola especificada nos autos do processo. Ademais, o pedido é juridicamente viável, ou seja, passível de cumprimento haja vista que o pedido na ação civil pública é certo e determinado. Por fim, não há violação ao princípio da Separação dos Poderes, pois diante de tamanha lesão ao direito à educação da população local, direito este alocado na Constituição da República como prioridade constitucional, cabível a intervenção do Judiciário.

Insta ainda destacar que em outro julgamento (Apelação Cível nº. 2007.001.51246, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, - Julgamento: 12/02/2008 – DECIMA OITAVA CAMARA CÍVEL) agora relacionado ao direito à saúde demonstrou que quando se constata a existência de inúmeras deficiências de pessoal e de material, tornando a prestação do serviço de saúde descontínuo e de má qualidade, deixando de atender à sua finalidade. Nesse caso, ao administrador falece a opção de fazer ou não fazer, quando sua conduta é determinada expressamente pela lei. Logo, preenchido o requisito da possibilidade de controle que é a omissão ilegal. Nesse caso não se trata de uma faculdade conferida ao administrador público, mas de uma vinculação à lei. Continua o acórdão explicitando que se a lei determinar o agir, o administrador não pode se omitir. Não ocorre violação do princípio da separação de poderes quando o Poder Judiciário determina ao administrador que cumpra com o seu "múnus" público de prestar o serviço essencial de forma contínua e com qualidade.

Observa-se que a jurisprudência a cerca do tema traz erros e acertos, em decorrência da tênue linha que divide o controle judicial da intervenção indevida do Judiciário

em relação às omissões do Poder Público no que toca às políticas públicas. Algumas vezes, a jurisprudência acaba aplicando o princípio da separação dos poderes como postulado absoluto que não admite ponderação no caso concreto, mas inúmeras vezes, o que restou demonstrado na análise jurisprudencial, acaba por observar as nuances do caso concreto, de modo a interpretar sistematicamente a Constituição da República e atingir os verdadeiros objetivos traçados pela ordem vigente.

10- CONCLUSÃO

Poderá ser atribuída ao Poder Judiciário a incumbência de consolidar as políticas públicas, em bases excepcionais, quando os órgãos estatais descumprirem encargos político-jurídicos e vierem a comprometer a eficácia dos direitos individuais e coletivos impregnados de estatura constitucional.

Necessário se faz o controle das omissões administrativas no tocante às políticas públicas que nada tem em comum com a governabilidade atribuída aos nossos governantes. Ao administrador público foi conferido o poder de fazer opções sobre as melhores escolhas em relação à busca pelo bem comum. No entanto, essa discricionariedade que se evidencia pelo juízo de conveniência e oportunidade na implementação de uma política pública não pode ser responsável por tornar inócuos os princípios fundamentais previstos na Lei Maior.

Importante a observância das balizas que devem ser consideradas pelo magistrado para possibilitar esse controle, sem que configure o arbítrio de sua decisão, mas ao contrário represente a interpretação e aplicação dos direitos provenientes das normas constitucionais no caso concreto, o que configura tipicamente sua função jurisdicional.

Primeiramente, verifica-se imprescindível que a omissão seja ilegal, ou seja, que a omissão no tocante à determinada política pública tenha causado um prejuízo concreto à parcela da população. Não é possível que o controle judicial se fundamente numa omissão abstrata do governante, como no caso de se argüir genericamente que falta segurança pública, saneamento, esgoto, saúde, asfalto nas ruas, etc. É certo que inúmeros são os déficits em relação às prestações positivas por parte do Estado, no entanto, não cabe ao juiz

indiscriminadamente começar a condenar o Poder Público à construção de Hospitais, redes de esgoto, delegacias de polícia. No que tange à omissão ilegal não há margem de discricionariedade do administrador, pois acabou por violar com a sua omissão a lei.

Ademais, insta destacar que a Constituição da República possui dispositivos, como ocorre com o artigo 208, IV, dentre outros, em que o próprio Poder Constituinte traçou prioridades no que tange às políticas públicas, dispositivos estes dotados de ampla normatividade e, conseqüentemente caráter vinculante. Dessa forma, verifica-se que essas regras acabam por diminuir o campo de discricionariedade do Administrador Público, de modo que determinadas áreas de atuação passam a ser regidas pelo controle de legalidade, na medida em que o responsável pelas políticas públicas passa a ser obrigado a atuar em determinado segmento, independentemente do seu juízo de valor sobre a importância do objeto do ato administrativo.

Outro requisito necessário para possibilitar o controle pelo Judiciário seria que o pedido mandamental fosse viável, ou seja, o pedido veiculado deve ser determinado e concreto, sob pena de mandamento judicial inexecutável, pois deve respeitar os limites objetivos da coisa julgada. Se o pedido é para a construção de tantos hospitais quantos forem necessários para atender toda a população de determinado Estado, o pedido é absolutamente inviável, pois não é possível executar de modo eficiente essa sentença, tornar-se-ia letra morta. E, ainda, a condenação com base em omissão abstrata representa pedido juridicamente impossível, pois é proibido pela ordem vigente que o magistrado se imiscua na posição de administrador público.

O terceiro requisito a ser ultrapassado quando da fundamentação de uma sentença que acaba por condenar o Poder Público a fazer algo no que tange à política pública é a demonstração de que não há qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, pois esse princípio não é postulado absoluto e diante do caso concreto deve ser ponderado com outros princípios constitucionais, tais como, inafastabilidade do Poder Judiciário, dignidade da pessoa humana, princípio do mínimo existencial, dentre outros. Inclusive, atualmente, o entendimento que prevalece é no sentido de que o princípio da separação dos poderes foi mitigado e hoje deve lhe ser atribuído outra denominação para maior compreensão do instituto que seria princípio da divisão funcional do poder, pois está amparado na cooperação ou colaboração entre os órgãos estatais, que resulta na sobreposição, e não partilha, das funções do Estado.

O Poder Judiciário em relação ao controle judicial das políticas públicas possui duas linhas de pensamento quais sejam: a corrente tradicional e a corrente do ativismo

judicial. Verifica-se na primeira uma resistência maior em relação a esse controle com base no princípio da separação dos poderes. No entanto, a segunda confere mais poderes ao magistrado, na medida em que entende que como a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a função de interpretar a Constituição seria possível interferir no Poder Executivo quando este não estiver cumprindo suas obrigações, sob pena de abdicar de sua função constitucional.

No entanto, é importante observar que a corrente tradicional deve observar o caso concreto, sem adotar como desfecho único a impossibilidade para a condenação no caso de omissão do Poder Público em decorrência do princípio da separação dos poderes, pois quando assim atuar estará aplicando esse princípio como postulado absoluto que não admite ponderação no caso concreto e, com isso indo de encontro aos objetivos traçados pela Constituição. E, ainda, a corrente do ativismo judicial não pode justificar controle em análise apenas com base no poder conferido ao magistrado, mas deve observar os requisitos previstos no caso concreto que foram explicitados, ou seja, que a omissão seja ilegal, o pedido juridicamente viável e, ainda, não haja violação à separação dos poderes.

Não se pode perder de vista que o controle judicial das omissões administrativas no que tange às políticas públicas possibilita a concretização dos direitos fundamentais. Dessa forma, devem os magistrados observar a nuance do caso concreto para que não acabe por governar ao invés de controlar as omissões provenientes do Poder Público, mas também não podem adotar uma postura absolutamente contrária à condenação do Estado, pois estará violando a Constituição, na medida em que não estará exercendo a função de interpretá-la, mas estará reproduzindo indiscriminadamente a mesma decisão sem observar que, muitas vezes, estava diante de violações concretas aos direitos básicos da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

Barcellos, Ana Paula de. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, vol. 53, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Obra organizada por Daniel Sarmiento e Flavio Galdino, Editora Renovar, 2006. Texto apresentado: *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.*

Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Artigo publicado na Revista da Emerj, v. 9, nº. 33, 2006.

_____. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

Bucci, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

Carvalho Filho. Ação Civil Pública. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2005.

_____. Manual de Direito Administrativo. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2006.

Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

Fagundes, M. Seabra (Miguel Seabra), 1910 – O controle dos atos administrativos do Poder judiciário / M. Seabra Fagundes. – 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense. 2005.

Ferrajoli, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Ferraz, Sérgio. Extinção dos atos administrativos\; algumas reflexões, in RDA, nº 231, 2003, p. 58.

Ferreira, D`Andrea. O controle da administração pública pelo Judiciário: direito aplicado – Rio de Janeiro: renovar, 1998.

Figueiredo, Ivanilda. Políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2006.

Gouvêa, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. Revista do Legislativo. Brasília, n. 25, p., jan/mar.. 1999, p. 59.

Gouveia, Marcos Maseli, O controle Judicial das omissões administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Medauar, Odete. Monografia específica sobre controle da Administração Pública, São Paulo, RT, 1993, p. 59-60

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Peña de Moraes, Guilherme. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2008.

Sarmiento, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 jun.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 07 jun.2009.