



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle Judicial nas Políticas Públicas

Lídia Gomes Nicolau

Rio de Janeiro  
2010

LÍDIA GOMES NICOLAU

Controle Judicial das Políticas Públicas

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como  
exigência do título de Pós Graduação.  
Orientadores: Prof<sup>o</sup>

Rio de Janeiro  
2010

## CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Lídia Gomes Nicolau

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade Cândido Mendes -  
Centro. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho visa a analisar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas com abordagem do ato administrativo, assim como dos princípios da separação de poderes e da reserva do possível. Tal estudo implica na análise dos argumentos contrários e favoráveis a respeito de tal tema e pretende abordar o posicionamento da jurisprudência.

**Palavras-chaves:** Políticas públicas. Ato administrativo. Controle judicial das políticas públicas. Princípio da separação de poderes. Princípio da reserva do possível.

**Sumário:** Introdução. 1. Políticas Públicas. 2. Ato Administrativo. 3. Controle dos Atos Administrativos. 4. Controle Judicial de Políticas Públicas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a discussão quanto à possibilidade do poder judiciário intervir nas escolhas das políticas públicas a serem implementadas. O tema é polêmico, tendo em vista que é da atribuição do poder executivo, da administração pública, definir as políticas que devem ser desenvolvidas para atender a coletividade.

Assim, encontram-se como principais fundamentos de vedação a tal interferência pelo judiciário os princípios da separação de poderes e da reserva do possível. Por outro lado, em defesa do controle jurisdicional de tais políticas verifica-se a efetividade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, pretende esclarecer e demonstrar a relevância do controle jurisdicional, principalmente no que condiz a dar maior efetividade aos direitos tutelados pela Constituição da República, mesmo que para isso seja possível prevalecer um controle contramajoritário do poder judiciário. Para haver tal controle judicial, faz-se necessária a propositura da demanda, a qual pode ser oferecida por diversos meios, como por mandado de segurança, ação civil pública e ação popular.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: Princípio da separação de poderes/funções, ato e mérito administrativo, assim como os fundamentos favoráveis e contrários ao controle jurisdicional de políticas públicas e a crescente relevância da atuação do Ministério Público para a efetivação da democracia.

Será apresentado, neste trabalho, o entendimento dos doutrinadores e dos Tribunais Superiores e do Estado do Rio de Janeiro.

Resta saber, assim, se as políticas públicas podem ser revistas ou impostas pelo poder judiciário à administração pública, a partir da ponderação dos princípios constitucionais e prevalência dos direitos fundamentais.

## 1. POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas fazem parte de uma atuação do governo para solucionar determinado problema na vida social. Entende-se, portanto, como a ação governamental com o intuito de atender a coletividade, de garantir os direitos sociais em diversas áreas.

Os direitos sociais são considerados como direitos fundamentais de segunda geração, como é o caso da educação, trabalho, moradia, transporte, segurança pública, saúde, entre outros.

O direito à saúde, por exemplo, engloba o atendimento hospitalar, o fornecimento de medicamentos, a prestação do saneamento básico e demais políticas inerentes a tal direito.

Verifica-se que apesar da carência das políticas públicas, na atualidade ainda há resistência na propositura de demandas individuais em face da fazenda pública. Tal inércia por parte dos administrados funda-se nos altos custos judiciais e principalmente na demora do recebimento das prestações jurisdicionais em razão de reexames necessários das decisões e pagamento por precatórios.

A respeito do fornecimento de medicamentos de maneira gratuita aos hipossuficientes econômicos, verifica-se que de acordo com o art. 196 CF, a responsabilidade dos entes federativos é solidária. Ocorre que na prática, tais entes fazem exigências que impossibilitam em muitos casos o acesso a tal tratamento. Exige-se atestado médico constando quanto à necessidade do uso do medicamento de maneira contínua, de que não há outro tratamento mais barato para a doença e que o indivíduo é hipossuficiente econômico para obter aquele medicamento.

Em muitos casos, apesar do juízo fazendário após analisar todas as referidas exigências e condenar o poder público a entregar os remédios, tal ordem não é atendida sob o fundamento de ausência de verba e/ou de medicamentos no estoque. Nesse caso, cabe ao poder judiciário proceder no arresto do dinheiro público para a implementação e atendimento a tal política pública.

Contudo, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006), deve-se ter cautela em tais medidas para evitar que não ocorra o atendimento igualitário à sociedade, causando um

impacto social ao conceder medicamentos de custo muito elevado para uns em detrimento da ausência de verba para fornecer para os demais.

Portanto, política pública é conceituada como a atuação do Estado por meio da intervenção do poder público na vida social. Assim, denomina-se política pública como os meios necessários para se efetivar os direitos fundamentais, trazendo instrumentos para concretizá-los.

## 2. ATO ADMINISTRATIVO

Para Hely Lopes Meirelles (2001), o ato administrativo é considerado como a manifestação da administração pública de maneira unilateral, para adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

O ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário. No ato vinculado, a administração precisa atender aos ditames legais, ou seja, não pode deixar de exercer os atos previstos na lei. Quanto ao ato discricionário, o legislador possui uma certa liberdade para apreciar se deve e a maneira pela qual pode realizar tal ato, observando a conveniência e oportunidade.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2001), não se pode dizer que o ato discricionário não está previsto em lei, mas sim, que o motivo e o objeto estão a cargo do administrador.

Quanto aos atos administrativos vinculados, como é a própria lei que determina todos os elementos, o controle jurisdicional é amplo, pois não há vontade subjetiva da administração pública ao praticar o referido ato.

Tendo em vista que o Estado de Direito tem como característica a vinculação das autoridades ao direito, assim, o ato discricionário precisa atender aos elementos de competência, forma e finalidade, bem como os pressupostos fáticos que possuem relação com o motivo.

A respeito do ato da administração, deve-se observar que não é o ato que é ou não vinculado, pois o correto são os elementos que são previstos como vinculados. Assim, a administração possui a discricionariedade, ou seja, a livre apreciação para praticar tal ato, sendo este mero resultado da discricionariedade. Portanto, não é o ato que é discricionário, mas sim sua apreciação.

Assim, a vinculação está relacionada à situação descrita na lei, não podendo a administração agir de maneira distinta, por não possuir a discricionariedade na apreciação da prática do ato.

Cabe ressaltar que a discricionariedade é relativa, tendo em vista que precisa observar a finalidade legal. Assim, o administrador não pode praticar o ato em razão de motivos particulares, pois haveria desvio de poder. Além disso, não pode atuar de acordo com o interesse público distinto do previsto na lei, por também ocorrer o vício do desvio de poder.

Dessa forma, mesmo que seja lícito o ato, considerado como justo e moral, ele pode ser inválido por ser contrário à finalidade prevista na lei. Conclui-se que todo ato precisa concomitantemente ser vinculado e discricionário.

A discricionariedade também será considerada relativa quando a lei determinar a sua extensão, dispondo que deve ser aplicado um parâmetro dentro de um limite mínimo e máximo. Nesse caso, também se verifica concomitantemente a vinculação e a discricionariedade do ato administrativo.

Outra hipótese de relativização da discricionariedade é encontrada no caso da lei dispor de expressões imprecisas, não podendo deixar de interpretar tal norma de acordo com a certeza positiva e negativa. Dessa forma, não pode o intérprete se afastar da razoabilidade de tais conceitos, devendo ser aplicada tanto a discricionariedade como a vinculação.

Portanto, segundo Hely Lopes Meirelles (2001), os fins a atingir não podem ser discricionário, mas somente, os meios e modos de administrar.

### 3. CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle da administração pública pode ocorrer de maneira interna ou externa. O próprio poder executivo é responsável pelo controle interno. As súmulas 346 e 473 do STF e o art. 53 da Lei 9784/99 reiteram a possibilidade da administração anular seus próprios atos quando estes possuírem vício de legalidade ou pode, ainda, revogá-los sob o fundamento de conveniência ou oportunidade, desde que observe e mantenha os direitos adquiridos. A administração, portanto, utiliza-se do seu poder de autotutela para apreciar seus próprios atos.

Já o controle externo é feito através do poder legislativo, com o auxílio do tribunal de contas e pelo judiciário. O controle jurisdicional da administração pública efetiva-se por intermédio dos remédios constitucionais como habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, ação civil pública e ação popular.

O poder judiciário com o intuito de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição passou a exercer a função de legislador negativo quanto às normas do direito administrativo e sua aplicação pelos agentes políticos.

Contudo, quanto aos atos administrativos discricionários é relevante limitar a atuação do judiciário. Afinal, é a lei que concede tal liberalidade à administração, possibilitando a conveniência e oportunidade para a prática do ato.

Conforme já foi dito, em regra, o ato administrativo discricionário não poderá ser apreciado pelo poder judiciário, salvo para exame quanto à moralidade, constitucionalidade e legalidade.

Contudo, segundo Hely Lopes Meirelles (2001), há que se ter cuidado, pois não há ato que seja absolutamente discricionário, por ser considerado arbitrário.

As teorias que permitem maior controle pelo judiciário dos atos administrativos discricionários são a teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes.

Na teoria relativa ao desvio de poder, o judiciário exerce controle quando o administrador usa seu poder discricionário com o intuito de atingir fim diverso do fixado na lei, desviando-se do interesse público.

Em relação às funções do Estado, verifica-se que a função administrativa subordina-se à função legislativa, tendo em vista que a mesma precisa observar o princípio da legalidade. Assim, a atividade administrativa possui um limite formal na lei, pois esta impõe proibições em relação à finalidade a atingir e aos meios e formas a serem seguidos. Este seria o sentido negativo. Por outro lado, há também o sentido positivo, pois a administração pode fazer somente o que a lei permite.

A respeito do exame dos motivos, os tribunais admitem o controle pelo poder judiciário dos motivos utilizados pela administração ao proceder no ato administrativo. Assim, é admitido o controle tanto da legalidade quanto da legitimidade dos motivos.

Ademais, o poder judiciário além de fulminar a ilegitimidade do ato administrativo, também tem a função de afastar qualquer ato administrativo quando este exceder a discricionariedade, ou seja, quando os limites de tal liberdade forem ultrapassados.

Quanto ao exame da finalidade, ou seja, do desvio de poder, o poder judiciário, conforme já foi exposto acima, também pode controlar o ato administrativo segundo a finalidade do mesmo. Ocorrendo a inobservância da finalidade do ato, haverá o desvio de poder.

Pode ocorrer o desvio de finalidade nas três funções estatais, legislativa, executiva e judicial. Afinal, o poder legislativo caso edite uma lei em desconformidade com a Constituição da República, estará atuando em desconformidade com a finalidade exigida.

O judiciário pode ainda verificar a causa do ato administrativo, ao apreciar a relação de adequação dos pressupostos do ato com o seu objeto. Essa relação é verificada de acordo com a finalidade do ato. É relevante tal apreciação quando a lei não trazer o motivo legal para a prática do ato. Assim, é permitido ao administrador que escolha o motivo para a prática do ato, contudo, tal fundamento precisa estar em consonância com o conteúdo de tal ato, em razão da finalidade.

Quanto à teoria dos motivos determinantes, a administração ao fundamentar seu ato vincula o administrador, e caso sejam desobedecidos tais motivos, o ato sofrerá de invalidade, mesmo que o agente não precisasse motivá-los.

Cabe observar que só há aplicação da teoria dos motivos determinantes quando a motivação do ato administrativo for facultativa, ou seja, não estiver imposta pela lei, conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho (2008). Assim, caso não haja exigência da motivação do ato e a administração venha a motivá-lo, ficará vinculado a tal fundamentação.

Dessa forma, verifica-se que o ato da administração mesmo sendo discricionário pode vir a ser controlado pelo poder judiciário, principalmente, quando o ato for injusto ou ilegal.

#### 4. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A maior polêmica é encontrada na possibilidade ou não do controle judicial dos atos administrativos discricionários, não apenas quanto aos pressupostos de legalidade e legitimidade, como também em relação à essência dos atos administrativos.

Ocorre que a administração pode ter prestado a política pública de maneira não satisfativa ou sequer ter optado em realizá-la.

Quanto às omissões da administração em implementar as políticas públicas, Hely Lopes Meirelles (2001) e José dos Santos Carvalho Filho (2008) sustentam ser incabível o controle pelo judiciário. José dos Santos Carvalho Filho (2008) afirma que a ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o intuito de realização de políticas públicas é considerada como um pedido juridicamente impossível. Não sendo, portanto, cabível controle jurisdicional contra omissão estatal e quanto às ações estatais relacionadas ao mérito administrativo, por ferir o princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Todavia, encontra-se na doutrina quem sustente ser cabível o controle judicial de omissões administrativas. Assim, o controle judicial alcança todas as condutas, ativas ou passivas da administração. A fundamentação desses autores é quanto à ponderação de dois princípios, ou seja, o princípio da separação de poderes, que não pode ser considerado como direito absoluto, por ser relativizado principalmente pelo controle de freios e contrapesos. E o outro princípio é o acesso à ordem jurídica justa, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Dessa forma, a separação de poderes pode ser flexibilizada para que o indivíduo possua o acesso efetivo a ordem jurídica justa.

Ademais, aplica-se também o princípio da eficiência administrativa, na qual o estado é obrigado a ter uma eficiência em matéria política.

Pretende-se a partir desse momento apresentar as alegações da fazenda pública contra a possibilidade do ativismo judicial e em seguida serão rebatidos cada fundamento.

A fazenda pública é contrária ao controle jurisdicional das políticas públicas e traz como justificativas a discricionariedade do mérito administrativo, o princípio da separação de funções, sistema contramajoritário e o princípio da reserva do possível.

#### 4.1. DISCRICIONARIEDADE (MÉRITO ADMINISTRATIVO)

A discricionariedade está atrelada ao plano de governo, ou seja, de acordo com as escolhas da política administrativa, ficando ao critério de conveniência e oportunidade do administrador.

O mérito administrativo decorre da própria discricionariedade, não cabendo, portanto, o judiciário reapreciar um ato da administração.

Contudo, tais argumentos não devem prevalecer, pois a implementação de política pública não pode ser vista como ato discricionário, mas sim vinculado. Afinal, a Constituição, assim como normas infraconstitucionais, tratam de políticas públicas, não sendo, portanto, consideradas como discricionárias.

Assim, sendo considerado tal ato como vinculado, não há mérito administrativo. Mas cabe aduzir que o poder judiciário não pode controlar o mérito administrativo, todavia, pode controlar os limites de tal mérito, ou seja, a legalidade, constitucionalidade, razoabilidade e a teoria dos motivos determinantes.

Constata-se, portanto, que no caso de não ser aplicada a efetividade dos direitos fundamentais, estará sendo dado a estes o mesmo tratamento das outras normas constitucionais, enfraquecendo o artigo 5º, § 1º, da CRFB. Dessa forma, o poder discricionário da administração pública é limitado, pois há necessidade de atender concretamente os direitos fundamentais.

#### 4.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Quanto ao princípio da separação de funções, o judiciário não poderia intervir diretamente em um ato da administração, por usurpar a função desta.

O princípio da separação de poderes surgiu como uma limitação ao poder estatal, em razão do antigo Estado absolutista ser totalmente centralizador, o qual culminava na arbitrariedade.

Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, conforme dispõe Pedro Lenza (2009) desenvolveu a teoria da separação dos poderes. Esta foi embasada na observância da existência de três funções principais do Estado, ou seja, a de elaborar as leis; a de aplicar as leis criadas, de fazer a guerra e celebrar a paz; e, a de punir os crimes ou julgar os litígios envolvendo particulares.

Segundo Pedro Lenza (2009), por um longo período, tal princípio da separação de poderes foi tratado como absoluto, pois não cabia qualquer relativização a este, um poder não podia intervir no outro. Contudo, posteriormente, tal teoria foi abrandada, com maior interpenetração de um poder sobre o outro.

Com o estado democrático de direito, a discricionariedade não estava mais vinculada apenas à lei, mas sim aos princípios constitucionais. Extrai-se, então, que a administração não está atrelada apenas ao princípio da legalidade como lei em sentido formal, mas a todo o ordenamento jurídico, ao direito. Portanto, só haverá discricionariedade se esta se encontrar em conformidade com o direito.

Conforme se extrai da obra de Pedro Lenza (2009), o correto é tratar tais poderes como funções, em razão do poder ser uno e indivisível. Assim, as funções são a manifestação de vontade do Estado, sendo as principais encontradas nos órgãos legislativo, executivo e judiciário.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da separação dos poderes está regulamentado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, sendo tais poderes independentes e harmônicos entre si.

Verifica-se que de acordo com o sistema de *check and balances*, freios e contrapesos, tais poderes/funções além de possuírem função típica, possuem também função atípica, permitindo uma fiscalização dos demais poderes.

Assim, como exemplo, tem-se que o legislativo além de possuir a função da elaboração de leis, cabe a ele fiscalizar as contas públicas dos administradores que pertencem ao poder executivo.

Dessa forma, constata-se que a alegação em afastar o controle judicial das políticas públicas, em razão do princípio da separação de poderes, não está correta, tendo em vista que o próprio princípio permite o controle de freios e contrapesos, com a atuação do judiciário como fiscal das demais funções.

Sendo assim, apesar do mérito administrativo pertencer à administração pública, a qual possui a discricionariedade para desenvolver as políticas públicas, esta precisa sofrer limitação quando desatender os direitos fundamentais, principalmente, porque o princípio da separação de poderes é um meio para concretizar tais preceitos fundamentais e não um fim em si mesmo.

Dessa forma, como há previsão constitucional garantindo os direitos à saúde, à educação, ao lazer, então, o cidadão pode pleitear no judiciário que seus direitos sejam respeitados. Assim, o judiciário não viola o princípio da separação de funções, pois o judiciário está exercendo a função constitucional.

Tal medida não estaria interferindo no princípio da separação de poderes, mas sim, aplicando, segundo o princípio da proporcionalidade, uma preponderância dos direitos fundamentais. Dessa forma, o ativismo judicial tem respaldo na própria supremacia da Constituição.

Portanto, o judiciário pode sim restringir o princípio da separação de poderes com o intuito de dar efetividade à supremacia da Constituição Federal e aplicação dos direitos fundamentais nela previstos.

#### 4.3. PODER CONTRAMAJORITÁRIO

Um fundamento para impedir o controle das políticas públicas pelo judiciário é justamente a sua ilegitimidade, tendo em vista a *decisão contramajoritária*. Afinal, os juízes não são eleitos para desempenharem tal função de atuação nas políticas públicas, para elaborar o direito, ocorrendo uma invasão ou usurpação dos juízes na função estatal reservada para tal exercício.

Ocorre que o Brasil adotou o sistema de jurisdição judicial única, logo, todo ato da administração praticado por qualquer dos poderes estatais podem ser reapreciados pelo poder judiciário. Afinal, os atos da administração não possuem caráter de definitividade, não formam coisa julgada material. Isso se depreende da norma constitucional do princípio da inafastabilidade do judiciário, no qual qualquer lesão ou ameaça à lesão pode ser apreciada pelo judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV CF.

A limitação dos atos administrativos pelo judiciário é quanto ao objeto de controle, tendo em vista que só há possibilidade de apreciação do mérito administrativo para anular os atos quando estes forem inadequados ou injustos com o ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, é vedado ao judiciário se manifestar quanto à conveniência, oportunidade ou eficácia do ato, ou seja, quanto ao mérito administrativo, sendo possível somente apreciar a legalidade e a legitimidade de tal ato.

A legalidade é compreendida como a conformidade do ato com a norma que o rege. Por outro lado, a legitimidade tem relação do ato com a moral administrativa e o interesse coletivo, sendo estes inerentes a toda atividade pública.

Cabe destacar, que conforme já foi apontado acima, há decisões nos tribunais, como na ADPF 45, Publicado 29.04.2004, quanto à possibilidade de interferência do judiciário para implementação de políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais.

A crítica é embasada ainda na colocação do judiciário como um super poder, vindo a controlar os outros poderes. Ocorre que a Constituição dispõe que a discricionariedade na aplicação dos recursos públicos seja feita pelo poder executivo e aprovação do legislativo. Tais poderes têm como representantes indivíduos que foram eleitos democraticamente pelo povo, o que não ocorreu com os juízes, carecendo estes de respaldo constitucional.

Permitir tal controle pelo judiciário seria possibilitar uma ditadura dos juízes, uma judiocracia, ou seja, aristocracia dos juízes. Ademais, caso fosse permitido ao judiciário controlar tais políticas públicas dos demais poderes, não competiria a ninguém controlar as políticas determinadas pelo próprio judiciário.

Nesse sentido, o STJ julgou improcedente o Recurso Especial 169876/SP. Publicado em DJE de 21.09.98 da ação civil pública em que o Ministério Público ingressou pleiteando que o Município destinasse um determinado imóvel para instalação de abrigo para proteção de crianças e adolescentes carentes. Tal decisão foi fundada na discricionariedade da administração para proceder as políticas públicas, bem como a destinação das verbas públicas, não cabendo ao judiciário intervir.

Contudo, rebatendo tal argumento, entende-se que não se está sustentando uma ditadura dos juízes, mas sim, pregando-se pela prevalência dos direitos humanos. Assim, os juízes podem atuar como poder contramajoritário no caso de resistir e anular determinadas condutas aprovadas

majoritariamente pelos representantes eleitos. Afinal, a regra da prevalência da maioria não pode ser absoluta, sob pena da criação da ditadura da maioria.

Além disso, o Estado democrático de direito, disposto no art. 1º da Constituição da República, é fundado tanto no Constitucionalismo como na Democracia. O Constitucionalismo é entendido como uma restrição ao poder estatal por intermédio da lei, ou seja, a lei é considerada suprema. Já a Democracia é vista como a soberania do povo detentor do poder e pelo governo da maioria.

A função basilar do Estado democrático de direito é garantir a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais. Ocorre que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como o núcleo essencial dos demais direitos fundamentais e cabem aos poderes executivo, legislativo e judiciário efetivar tais direitos, tendo que observar no mínimo o núcleo essencial deles, conforme se depreende na obra de Pedro Lenza (2009).

Apesar da democracia sustentar a defesa do direito da maioria, quando um ato proveniente de tal observância ferir uma garantia fundamental, sustenta-se no sentido de ser possível o judiciário poder interferir em tal ato, vindo a afastá-lo.

Ocorre que o judiciário, nesse caso, não atua com vontade própria, mas sim com respaldo na disciplina legal e, principalmente, na própria Constituição.

Dessa forma, o caráter contramajoritário do judiciário possui legitimidade decorrente da própria Constituição quando esta exige a fundamentação de suas decisões. Portanto, os direitos fundamentais nunca devem ser sacrificados em favor dos interesses da maioria. Afinal, se tanto o legislativo quanto o executivo por omissão não efetivarem a Constituição, o judiciário não pode ser coautor com aqueles.

#### 4.4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Outro argumento que é muito sustentado para impedir o controle jurisdicional das políticas públicas é o princípio da reserva do possível, no qual cabe à administração atender às políticas públicas de acordo com a limitação dos recursos econômicos disponíveis.

A respeito da reserva do possível, ele deve ser apreciado segundo o critério fático e o jurídico. O critério fático tem-se a carência de verbas públicas e de pessoal, sendo um interligado ao outro. Já no critério jurídico está relacionado à previsão orçamentária e a separação de funções.

Assim, as demandas a serem supridas são diversas, contudo, não há possibilidade da administração atender a todos, precisando obedecer aos seus recursos econômicos disponíveis.

Além disso, precisa obedecer ao aspecto jurídico o qual determina a prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa às políticas públicas.

Contudo, não cabem aos poderes administrativo e legislativo deixar de observar os direitos fundamentais sob a alegação de que não há recursos financeiros. Afinal, quando há tal alegação, verifica-se que a própria Constituição está sendo inobservada, relegada.

Assim, faz-se necessário que haja uma prioridade de acordo com a Constituição do cumprimento de tais direitos fundamentais para só após ser realizada a política pública com menor prioridade.

Atualmente, o judiciário vem aplicando tal entendimento, determinando o cumprimento de políticas que atendam aos direitos fundamentais, retirando as verbas destinadas a outros setores de menor relevância, como no caso do orçamento destinado às propagandas do governo.

Ademais, o princípio da reserva do possível não pode ser sustentado em contrariedade ao princípio do mínimo existencial. Assim, somente após cumprir o mínimo existencial é que poderá ser cogitada a disponibilidade para outro gasto.

Dessa forma, se não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não haverá empecilho jurídico para que o poder judiciário determine a realização de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

Constata-se, portanto, que o judiciário não pode assistir passivamente à omissão da administração em cumprir as políticas públicas essenciais, pois precisa dar cumprimento à efetividade da dignidade humana.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2006), o princípio da reserva do possível possui 3 dimensões: é o caso da disponibilidade fática de verbas para garantir os direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de recursos tanto de caráter humano quanto material, relacionados aos tributos e orçamentos dos poderes do Estado; e quanto à proporcionalidade da prestação.

Constata-se, portanto, algumas hipóteses em que o poder judiciário sempre irá intervir nas políticas públicas e são elas: a) quando a lei orçamentária anual aprovada pelo Congresso Nacional prever a construção de uma obra pública; b) quando a lei orçamentária anual prever a prestação de um serviço público; c) quando da construção da obra pública ou da prestação de um serviço público for outorgados à iniciativa privada.

Ademais, deve-se defender a vedação ao retrocesso social, ou seja, há a aplicação de verba pública para determinado setor para garantir os direitos fundamentais, ocorre que posteriormente, utiliza-se de tal verba para outro setor, reduzindo a verba destinada àquele. Ocorre que só pode ser considerado retrocesso social se for aplicado para um setor distinto das ações sociais.

Pode-se exemplificar essa situação da seguinte maneira, o administrador destinou uma quantia do orçamento para o setor da saúde e no ano seguinte utilizou metade de tal valor para a educação e a outra metade manteve na saúde. Nesse caso não houve retrocesso social porque também está atendendo às políticas públicas e conseqüentemente aos direitos fundamentais e

direito ao mínimo existencial. Contudo, caso fosse aplicada tal verba para propaganda, estaria configurado tal desvio, tal retrocesso.

Cabe ressaltar que a administração não está obrigada a realizar todas as políticas determinadas na previsão orçamentária, contudo, não pode desatender a tal regra e implementar outras medidas diversas das previstas. Assim, não há que se falar em direito subjetivo público para a concretização de medidas e gastos de despesas.

Há quem sustente que em razão do orçamento público decorrer da atuação conjunta dos poderes executivo e legislativo, o poder judiciário não poderia intervir na adoção de determinada política pública, em razão do poder contramajoritário.

O poder judiciário elabore norma quando não houver lei vigente como medida de atuação de freios e contrapesos, ao apreciar mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Cabe à administração pública a aferição e determinação de em quais áreas deve aplicar as políticas públicas e destinar os valores necessários para tal realização. Contudo, se não forem respeitados os direitos fundamentais ou as políticas determinadas forem deficitárias, o poder judiciário poderá revê-las.

Mais um argumento contrário à possibilidade das decisões judiciais concederem o fornecimento de medicamentos para os hipossuficientes é no sentido de desorganizar a própria administração pública. Afinal, em muitos casos, indivíduos que já vem sendo beneficiados com tais medicamentos acabam tendo o fornecimento cessado para que a administração venha a atender à ordem judicial de outro demandante. Isso implicaria na ineficiência da administração em proceder a organização para tal fornecimento aos cidadãos. Essa é a posição do STJ, na decisão STA 59/SC. Relator: Min. Nilson Naves. Publicado no DJE de 02.02.2004, por entender que há ofensa ao princípio da separação de poderes.

Verifica-se, portanto, que os tribunais superiores estão bastante tímidos em permitir o controle judicial das políticas públicas, pois só há julgados quanto a tal possibilidade no caso de distribuição gratuita de medicamentos a hipossuficientes econômicos e na construção de creches e pré-escolas.

Na ADPF 45, Publicado 29.04.2004, o STF entendeu pela possibilidade do judiciário intervir nas políticas públicas para garantir o direito fundamental à saúde, tendo em vista que a administração não pode se recusar a pleitear o referido direito. Enfatizou que a reserva do possível não pode se sobrepor ao do ao mínimo existencial.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nas decisões do agravo de instrumento 2009.002.22013. Relator: Des. Ademir Paulo Pimentel. Publicado no DO de 15.10.2009 e apelação cível 2009.001.19724. Relatora: Des. Helena Candida Lisboa Gaede. Publicado no DO de 09.06.2009, permitiu tal controle judicial, mas também para a efetividade dos direitos fundamentais. Verifica-se que em regra, as decisões são a respeito do direito à saúde, seja para o fornecimento de medicamento ou para a realização de algum procedimento de tratamento ou cirurgia. Decisão interessante do Desembargador Jessé Torres foi no sentido de determinar a instituição de abrigo para crianças com fulcro nos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta no reexame necessário de nº 2009.009.01161. Publicado no DO de 13.08.2009.

Contudo, o STF, em regra, não admite a interferência do judiciário nos atos administrativos quando não forem viciados, pois o mérito administrativo cabe ao poder executivo. Mas de maneira tímida, constata-se que para dar efetividade à Constituição da República, já há decisões permitindo o ativismo judicial. Contudo, o próprio Supremo ressalta que tais medidas judiciais precisam observar extrema cautela, pois não pode ser garantido o direito fundamental a um indivíduo e colocar em risco a efetividade do direito da coletividade, isso pode ser observado

no agravo regimental na suspensão de liminar 47-PE e no agravo regimental na suspensão de liminar 175-CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 30.04.2010, e no agravo regimental no RE 419.715-5 – SP Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 03.02.2006.

Hely Lopes Meirelles (2001) não admite o controle judicial da discricionariedade administrativa, porque isso violentaria o princípio da separação dos poderes (art. 2º CF). Assim, o mérito administrativo é absolutamente imune ao controle por parte do judiciário.

A doutrina que admite as ações civis públicas como meio eficaz a concretude de tais políticas é embasada nos direitos fundamentais, principalmente, na dignidade da pessoa humana, vindo a afastar qualquer discricionariedade do poder executivo.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006) é admissível tal controle judicial da discricionariedade administrativa, só que esse controle é indireto, ou seja, não cabe controle judicial sobre a conveniência e a oportunidade (mérito administrativo), mas cabe controle judicial sobre os limites dessa conveniência e dessa oportunidade. E o principal limite a que eles estariam sujeitos, seria o da razoabilidade.

A políticas públicas geralmente são pleiteadas por meio de ação civil pública e em muitos casos têm como legitimado ativo o Ministério Público. Ocorre que há discussão quanto à possibilidade de tal propositura pelo Ministério Público para defender o interesse individual homogêneo, já tendo alguns julgados no sentido de tal possibilidade.

Ocorre que o STJ, no REsp n. 664.978/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Publicado no DOU 15.08.2005 entendeu pela ilegitimidade por parte do Ministério Público para requerer medicamentos para pessoa idosa, por se tratar de direito individual pleiteado por ação civil pública. Discordando de tal decisão, Robson Renault Godinho na obra organizada por Patrícia Vilella (2009) defende que há possibilidade da propositura da referida ação por parte do MP por

tal legitimidade estar prevista no art. 127 CF, por ter o estatuto do idoso previsto tal legitimidade, além disso, o direito ao recebimento de medicamentos está atrelado diretamente ao direito à vida, podendo, este ser pleiteado pelo MP por ser direito indisponível. Ademais, o MP não possui legitimidade restritiva para as demandas de cunho coletivo e finalmente, por não alterar a legitimidade apenas o fato da ação ser civil pública .

O referido autor salienta que o STJ apegou-se ao formalismo ao inadmitir a referida ação simplesmente por ser ação civil pública proposta pelo MP, pois em outros casos nos quais foram propostas demandas por via de mandado de segurança e o MP atuou como substituto processual, tiveram o julgamento favorável. Dessa forma, deveria ser aplicada a instrumentalidade das formas e ser admitida a demanda para tutelar o direito pleiteado.

O autor faz uma crítica a respeito da possibilidade da fazenda pública se utilizar das prerrogativas garantidas a ela nos processos que envolvam políticas públicas. Afinal, tais prerrogativas não estariam em consonância com o interesse público, pois permitiria a não efetividade da tutela jurisdicional.

Verifica-se que a atuação do ministério público vem sendo cada vez de maior relevância na tutela das políticas públicas, tanto na propositura das demandas individuais quanto das coletivas. Dessa forma, com um ministério público forte em garantir os direitos da coletividade, reitera-se a efetivação do estado de direito e ampliação da democracia.

Portanto, apesar da administração pública possuir a discricionariedade em determinar e executar as políticas públicas, de acordo com seu interesse e possibilidade. Não se pode alegar uma usurpação de função por parte do judiciário em intervir em tais políticas quando for para efetivar os direitos fundamentais, os quais possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º da CF. Com fulcro em tal dispositivo, os tribunais estão proferindo decisões ao permitir ativismo judicial.

Assim, o judiciário ao adotar tal posição mais ativa, não pode ser considerado como um super poder, pois está simplesmente exercendo uma de suas funções que é a proteção da Constituição. Ocorre que tal tutela, não é simplesmente dos atos atentatórios à carta constitucional, mas também quanto às omissões aos direitos previstos nela. Assim, o judiciário não pode ser conivente com a omissão administrativa, pois precisa tutelar os direitos dos cidadãos, para efetivar os direitos fundamentais e a própria democracia.

Diante da análise exposta no referido trabalho, constata-se que mesmo que o judiciário seja considerado como contramajoritário, ele precisa sim atuar para evitar que predomine a injustiça pela maioria.

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes que é previsto na Constituição, precisa ser limitado para assegurar o cumprimento da própria Carta Constitucional.

O mesmo ocorre com o princípio da reserva do possível, pois não se pode admitir que tal princípio afaste o cumprimento dos direitos fundamentais da população e em muitos casos ao não fornecer condições mínimas de saúde levem cidadãos à morte. Assim, a reserva do possível só pode ser arguida quando o mínimo existencial estiver sendo observado, sob pena de ser um princípio que fira frontalmente a própria Constituição.

Com isso, verifica-se que os princípios constitucionais muitas vezes são utilizados de maneira a ferir a própria norma que dá validade a eles, o que não pode ser admitido. Como o judiciário, e principalmente, o Supremo Tribunal Federal são guardiões da Constituição, cabe sim a eles intervir nos demais poderes, seja nos casos de políticas públicas que não atendam devidamente à necessidade da população ou no caso das omissões administrativas.

Diante de tais fatos, apesar de não haver uma atuação incisiva por parte do judiciário nas referidas questões, o cenário atual demonstra uma forte evolução de tal posicionamento. Espera-se que no caso da administração continuar adotando medidas não efetivas para a população, que o

judiciário atue com maior persuasão e concretude, pois só assim, os cidadãos poderão exercer todos os direitos que a Carta Magna dispõe e poderá se ter garantido o direito a uma vida digna, a um mínimo existencial, efetivando-se o principal princípio constitucional, o qual norteia os demais, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

O intuito do trabalho foi demonstrar a divergência existente a respeito da possibilidade do ativismo judicial, ou seja, do controle por parte do poder judiciário sobre as políticas públicas determinadas pela administração pública.

Foi abordado principalmente que a partir do Estado Democrático de Direito, passou-se a dividir as funções do Estado nas mãos de indivíduos distintos, com o intuito de evitar a arbitrariedade que existia no período absolutista. Tal divisão passou a ser denominada de princípio da separação de poderes/funções, o qual precisa ser observado, mas pode ser relativizado quando confrontado com a inobservância de direitos fundamentais.

Conforme foi mencionado, o poder judiciário representa o poder contramajoritário por ter como representantes indivíduos que não foram eleitos pelo povo. A princípio poderia ser visto tal poder como contrário à democracia ao intervir nas políticas públicas que são determinadas pelos representantes do povo, pelos poderes executivo e legislativo. Contudo, tal alegação é devidamente rechaçada sob o fundamento de que o poder judiciário não pode participar de eventual omissão por parte dos demais poderes. Assim, ao exercer o poder contramajoritário, garante a efetividade dos direitos fundamentais que foram inobservados pelos demais.

Portanto, apesar do entendimento doutrinário e jurisprudencial ser bastante tímido quanto à possibilidade de tal ativismo judicial, a melhor tese é referente a tal concretude,

principalmente quando se tratar da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República. A partir de tal fundamento, estará sendo ratificado o Estado democrático de direito, bem como a democracia, corolários do ordenamento jurídico pátrio e estará sendo aplicada efetivamente a Carta Constitucional.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas e direito administrativo*. In Revista de informação legislativa. Brasília, 34 ed., n. 133, jan/mar. 1997, p. 89/98.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 14/04/2010. Sítio: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acesso em 14/04/2010. Sítio: <http://www.stj.jus.br>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13ª ed. Re., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VILLELA, Patrícia (Org.). *Ministério Público e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.