

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MORGANA SALVIANO DE MEDEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

SOUSA

2013

MORGANA SALVIANO DE MEDEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

SOUSA

2013

MORGANA SALVIANO DE MEDEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Olíndina Ioná da Costa Lima Ramos.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Olíndina Ioná da Costa Lima Ramos.

---

Examinador Interno

---

Examinador Externo

Dedico esta monografia aos meus pais, Fantinha e Solange, que me ensinaram o valor de uma família unida, ao meu irmão, Montanaro, para que ele siga seu sonho não importa quão difícil esse seja, ao meu amor, Tiago, que me incentivou desde o início a escolher este tema e me orientou sempre que precisava dele, e em especial, a minha Tia Lucy, que fez tudo que estava ao seu alcance para me ver formada em Direito.

## AGRADECIMENTOS

“Ó meu Deus, meu rei, eu vos glorificarei e bendirei o vosso nome pelos séculos e séculos”.

Senhor, obrigada por essa vitória alcançada.

Ao meu pai **FANTINHA**, que me ensinou o verdadeiro valor da honestidade, do trabalho e do amor a família.

À minha mãe **SOLANGE**, pelo apoio e pelas palavras de sabedoria oferecidas em todos os momentos da minha vida.

Ao meu irmão **MONTANARO**, por me fazer rir todos os dias e me apoiar ao longo dessa trajetória.

À minha tia **LUCY**, por ter me ensinado tudo que sei e por ser meu mais perfeito exemplo. Todas as minhas vitórias serão dedicadas a ti, Tia.

Ao meu avô **LÚCIO**, que uma vez me disse quando eu era pequena “Um dia você vai fazer faculdade de Direito”, te amo Vovô Lúcio.

Ao meu namorado **TIAGO**, por compartilhar comigo todas as incertezas que senti ao longo desse tempo, por me cobrar disciplina nos estudos e, especialmente, por ser meu melhor amigo e mais lindo amor.

À minha melhor amiga **MONIQUE**, por ser a irmã que escolhi, por todos os conselhos dados e por está ao meu lado durante todas as alegrias e tristezas vivenciadas ao longo desses cinco anos de faculdade.

À dona **IRACEMA**, por ter sido para mim como uma mãe aqui na Paraíba e me acolhido em sua casa tantas e tantas vezes.

À professora **OLINDINA**, minha orientadora, pela paciência, disposição e gentileza com que sempre me atendeu.

À todas as pessoas indicadas e àquelas eventualmente esquecidas, mas que estiveram de algum modo, presentes em minha caminhada, com sincera gratidão.

“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte”.

Barão de Montesquieu

## RESUMO

Desde a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, a história do constitucionalismo brasileiro se vê diante dos avanços e retrocessos do processo de efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas. Nesse embate jurídico (e muitas vezes político) de interesses contrapostos, surge o Poder Judiciário para fazer valer verdadeiramente esses direitos previstos no Texto Constitucional. A efetivação concreta dos direitos individuais e coletivos previstos no corpo da Carta Magna é o ponto central do neoconstitucionalismo, sob o signo do qual eles assumem natureza cogente e auto-aplicável. Diante disso, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que é possível o Judiciário atuar no âmbito das políticas públicas sem necessariamente implicar em ingerência nos poderes do Estado ou sem adentrar de fato na discricionariedade do ato administrativo. O método de abordagem aplicado na realização do estudo foi o hipotético-dedutivo, estudando-se inicialmente conceitos fundamentais para compreensão do tema abordado e em seguida passando-se a defender a tese de que é um direito do cidadão buscar pela efetivação das garantias atribuídas a este no Texto Fundamental, especialmente, quando os legitimados para tanto não cumprem com a sua função. E para isso o meio que deve ser utilizado é o processo, isso porque, em virtude do Princípio da Inafastabilidade do Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça a direito, este deverá intervir. Assim, chegou-se a conclusão de que quando se pleiteia judicial ou extrajudicialmente a implementação de uma política pública não se está invadindo os limites das atribuições do Executivo, mas, sim, pleiteando-se providências concretas na efetivação de um direito fundamental do cidadão. Observou-se durante o estudo que com processo de "judicialização das políticas públicas" inicia-se um despertar de consciência da população brasileira. Isso porque, a coletividade encontra-se esgotada pela espera de soluções para seus problemas sociais, acarretando, então, a busca dessas soluções na esfera do Judiciário.

Palavras-chave: Direitos sociais. Políticas públicas. Judicialização. Possibilidade.

## ABSTRACT

Since the promulgation of the Constitution on October 5th 1988, the history of Brazilian constitutionalism coexists with the advances and setbacks in the process of execution of the social rights through public policy. In such legal battle (and many times political) of conflicting interests, the Judiciary Power comes up to truly enforce such rights provided by the Constitutional text. The concrete execution of the individual and collective rights provided by the Constitution is the central point of the neoconstitutionalism, which they assume the cogent and self-applied nature, this sense showed the significance of studying the theme. Therefore, the purpose of this work is to demonstrate that the acting of the Judiciary Power is possible in the field of public policies with no interference in the Powers of the State or in the discretion of the administrative act. The method of approach used on the study was the hypothetical-deductive, by studying at first fundamental concepts in order to understand the subject and then defending the thesis that it is a citizen's right to seek the execution of the rights guaranteed in the Constitutional text, especially when the legitimated ones for such execution don't fulfill their function. And for this the way which must be used is the process, this because, due the Principle of non-obviation of jurisdiction, whenever there is injury or threat to a right, it must interfere. So, it was reached the conclusion that when it pleads judicially or extrajudicially the implementation of a public policy there is not an invasion of the limits of the assignments of the Executive Power, there is actually a claim for concrete measures in the execution of a citizen's fundamental right. It was observed during the study that with the process of "judicialization of public policy" begins an awakening of consciousness of the Brazilian population. That's because the collectivity is exhausted from waiting for solutions to its social problems, resulting then in a search for these solutions in the field of the Judiciary.

Keywords: Social rights. Public policies. Judicialization. Possibility.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade  
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AgR - Agravo Regimental  
AgRg - Agravo Regimental  
AI - Agravo de Instrumento  
Art. - Artigo  
CF - Constituição Federal  
CF/88 - Constituição Federal de 1988  
CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil  
Des. - Desembargador  
DJ - Diário de Justiça  
EC - Emenda Constitucional  
ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente  
Ex. - Exemplo  
fl. - Folhas  
ICP - Inquérito Civil Público  
LACP - Lei da Ação Civil Pública  
Min. - Ministro  
MS - Mandado de Segurança  
p. - Página  
PAD - Processo Administrativo Disciplinar  
RE - Recurso Extraordinário  
Rel. - Relator  
REsp - Recurso Especial  
STF - Supremo Tribunal de Federal  
STJ - Superior Tribunal de Justiça  
TAC - Termo de Ajustamento de Conduta  
TJ - Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	13
2.1 Conceito .....	13
2.2 Ato Administrativo Discricionário e Vinculado .....	14
2.3 Elementos do Ato Administrativo .....	19
2.4 Controle dos Atos Administrativos .....	23
<b>3 POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	27
3.1 Conceito .....	27
3.2 Desenvolvimento das Políticas Públicas na História do Constitucionalismo .....	29
3.3 Implementação das Políticas Públicas .....	32
<b>4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	37
4.1 O Judiciário e as Políticas Públicas .....	37
4.2 O Ministério Público e as Políticas Públicas: Instrumentos de Atuação ...	40
4.3 Procedimentos Judiciais Aptos à Implementação de Políticas Públicas ..	43
<b>5 IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA</b> .....	48
5.1 As Políticas Públicas e o STF .....	48
5.2 As Políticas Públicas e o STJ .....	53
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62

## 1 INTRODUÇÃO

A despeito de seus inegáveis avanços no campo dos direitos fundamentais, tão logo promulgada, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil passou a ser alvo de ataques no que pertine aos direitos sociais nela contidos.

Naquela ocasião, muitos juristas, professores, políticos de esquerda e de direita, constituintes, boa parte do empresariado entre outros, sustentaram a impossibilidade do cumprimento de todos os direitos prestacionais previstos na CF ao fundamento da carência de recursos. Para eles, o país sucumbiria na mais absoluta "ingovernabilidade" em face da ausência de recursos econômicos para dar efetividade a tantos direitos.

Destarte, desde 1988 a história do constitucionalismo brasileiro se imbrica com os avanços e retrocessos do processo de efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas. Nesse embate jurídico (e muitas vezes político) de interesses contrapostos, sobressai o papel cada vez mais ativo e altivo do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Efetivamente, no mais das vezes atuando em parceria estreita, estes dois órgãos do Estado chamaram para si a responsabilidade de efetivarem os direitos sociais do cidadão através de um controle cada vez mais amplo dos atos administrativos que veiculam políticas públicas, tendo-se por base, respectivamente, o princípio da inafastabilidade da cognição judiciária, previsto no art. 5º, inciso XXXV, e as funções ministeriais contidas nos arts. 127 e 129, inciso II, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, a Constituição de 1988, é considerada bastante avançada, pois, em seu texto traz direitos que abrangem basicamente todos os grupos significativos da sociedade brasileira, sendo, então, uma Constituição pluralista. Contudo, a mera existência dessa Constituição não é suficiente para que os direitos fundamentais e sociais sejam verdadeiramente respeitados.

Neste ínterim, a realização desse trabalho é justificada em razão de haver inúmeros casos em que as políticas públicas previstas no texto fundamental não são efetivamente implantadas pelo Poder Executivo ou, em alguns casos, as leis

infraconstitucionais existentes estão em descompasso com as diretrizes traçadas pelo texto constitucional que busca a promoção dessas políticas públicas.

Cria-se, dessa forma, a necessidade de reivindicação perante o Estado de direitos subjetivos garantidos à coletividade. É nesse cenário que o Judiciário aparece com fundamental importância, pois é através do processo, que se discute os meios aptos a garantir a eficácia de tais direitos.

Observa-se ainda, a importância de tal estudo no que diz respeito ao esclarecimento para população de que existem meios para se lutar pelos seus direitos assegurados, seja de forma individual ou através de ações coletivas, é plenamente possível exigir do Poder Público as garantias estabelecidas constitucionalmente.

Por fim, o presente estudo, importa ainda para a adequada compreensão dos paradigmas democráticos, utilizando-se de preceitos constitucionais para afirmação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Logo, pretende-se deixar claro a prevalência dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal sobre qualquer outro interesse público ou privado.

O objetivo geral alvitrado para este trabalho foi discutir a viabilidade de o Poder Judiciário intervir no âmbito das políticas públicas para fazer valer os direitos prestacionais assegurados constitucionalmente, isso quando houver da parte do Poder Executivo, inércia não justificada para prestação desses serviços. Os objetivos específicos propostos por este trabalho foram analisar a definição e os aspectos das políticas públicas, elencar as teses contrárias a judicialização dessas políticas, além de mostrar o posicionamento dos tribunais a respeito dessas questões.

No que tange a metodologia utilizada, aos procedimentos e as técnicas de pesquisa, foi utilizado a descritiva, fazendo-se uma abordagem histórica, bibliográfica e documental, estabelecendo os principais argumentos contrários a judicialização das políticas públicas e apontando ainda, o posicionamento quanto ao tema dos principais tribunais brasileiros.

Empregou-se também o método dedutivo. Logo, o método utilizado pela hermenêutica jurídica a ser observada nesse estudo é o exegético, no qual se adotou as técnicas de análise semântica, gramatical e lógica, não se esquecendo do emprego da análise histórica.

Para tanto, esta monografia se divide em quatro capítulos.

Inicialmente, no primeiro Capítulo, serão tratadas questões que envolvem os atos administrativos, tais como seu conceito e a distinção entre ato administrativo discricionário e vinculando, elucidando as suas peculiaridades. Além de elencar os elementos do ato administrativo, será explicado também como se dá o controle desses atos de forma a esclarecer todos os aspectos relevantes ao entendimento que o presente estudo exige.

No segundo capítulo, será abordado o assunto relativo às políticas públicas, estabelecendo seu conceito, sua contextualização no histórico do Constitucionalismo, além de trazer os argumentos que são contrários a judicialização das políticas públicas.

Já no terceiro capítulo, será discutida de fato a possibilidade da judicialização das políticas públicas, enfocando inicialmente as relações do Poder Judiciário com estas e posteriormente as relações do Ministério Público com as políticas governamentais e seus instrumentos de atuação. Ainda será citado brevemente os procedimentos judiciais aptos à implementação dessas políticas.

Finalmente, o último capítulo, será voltado a trazer jurisprudências do STF e do STJ que abordam assuntos pertinentes às políticas públicas. Enfatizando o entendimento que se estabeleceu durante todo o trabalho apresentado, será posto nesse capítulo o posicionamento dos dois principais tribunais brasileiros.

## 2 ATOS ADMINISTRATIVOS

Inicialmente, cabe ressaltar que este capítulo abordará conceitos de suma importância para compreensão do tema em estudo, tais como a concepção de atos administrativos, bem como sua divisão em atos administrativos vinculados e discricionários, tratará também de seus elementos, além de explicar como se dá o controle desses atos pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário.

### 2.1 Conceito

Primeiramente, deve-se esclarecer o que são atos administrativos. Atos administrativos são manifestações humanas unilaterais de vontade, estes estão enquadrados na categoria Atos da Administração Pública, juntamente com os atos políticos<sup>1</sup>, empregados no exercício da função política, com os atos privados<sup>2</sup>, exercidos pela Administração e regidos pelo Direito Privado, e com os atos materiais<sup>3</sup>, conhecidos como fatos administrativos que não manifestam vontade do Estado.

Os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 406), em sua obra *Direito Administrativo Descomplicado*, afirmam:

O que peculiariza os atos administrativos no âmbito do gênero “atos jurídicos”, entretanto, é o fato de serem manifestações ou declarações da administração pública, agindo nesta qualidade, ou de particulares que estejam exercendo prerrogativas públicas, por terem sido investidos em funções públicas. (aspas no original)

---

<sup>1</sup> São atos políticos os atos da Administração Pública em sentido amplo, praticados em obediência direta à Constituição, como base imediata no texto constitucional (exemplos: iniciativas de leis, sanção ou veto a projetos de lei, celebração de tratados internacionais, decretação do estado de sítio, dentre outros). (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 407)

<sup>2</sup> São atos privados os atos da Administração Pública regidos pelo direito privado, ou seja, atos nos quais a administração pública atua sem prerrogativas, em igualdade de condições com o particular. Ex.: exploração de atividade econômica por empresas públicas e sociedades de economia mista. (CARVALHO, 2012, p.242)

<sup>3</sup> Fatos administrativos são descritos como a materialização da função administrativa; consubstanciam o exercício material da atividade administrativa, correspondem aos denominados “atos materiais”. São exemplos a apreensão de mercadorias, a construção de uma escola pública pela administração, a limpeza de um logradouro público. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 409)

Como é perceptível, os atos administrativos por serem praticados no exercício de atividade pública, estão sujeitos ao regime público e, portanto, gozam de todas as prerrogativas e limitações inerentes ao Poder Público.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2007, p. 126), em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, conceitua:

Ato administrativo é toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Já a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro (2007), em sua obra *Direito Administrativo*, aduz: “A declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Merece destaque também o conceito elaborado pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2007): “declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Então, resta evidente que o ato administrativo é uma espécie de ato da Administração, editado no exercício da função administrativa, sob o regime de Direito Público e com a função de expressar uma manifestação de vontade.

Em decorrência da incidência do regime público na edição de atos administrativos, o Poder Público atua com as garantias derivadas do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, gozando de diversas prerrogativas.

## 2.2 Ato Administrativo Discricionário e Vinculado

É de extrema importância para o presente estudo a compreensão e diferenciação do ato administrativo discricionário e do ato administrativo vinculado.

Atos vinculados são os atos praticados pela Administração Pública no exercício do poder vinculado sem margem alguma de liberdade de decisão, isso porque, há uma lei que previamente determina obrigatoriamente o comportamento esperado sempre que configure a situação descrita em lei. Neste caso a lei determina todos os elementos do ato administrativo. Portanto, não cabe aos agentes públicos exercerem juízo de oportunidade ou conveniência, pois, o ato está sujeito simplesmente as condições legais estabelecidas em lei e se estas forem atendidas, o ato deve ser obrigatoriamente praticado.

Nesse contexto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009) afirmam em sua obra *Direito Administrativo Descomplicado*: “Temos um ato vinculado quando a lei faz corresponder a um motivo objetivamente determinado uma única e obrigatória atuação administrativa”.

Um exemplo bastante usado na doutrina para exemplificar o ato administrativo vinculado é a concessão da licença-maternidade, uma vez nascido filho de servidora pública não cabe ao administrador alegar qualquer motivo para que esta servidora não entre em licença, isso porque, as condições existentes na lei foram inteiramente satisfeitas: nascimento do filho.

Desta forma, até mesmo os elementos do ato administrativo que podem ter feição discricionária, como motivo e objeto, quando discriminados em lei, passam a estar completamente vinculados a ela, devendo ser obedecido o que foi estabelecido na lei, perdendo seu caráter discricionário. Estando, então, o agente público vinculado ao que a lei determina e não apenas ao limite imposto.

Nesse sentido, observe-se um recente julgado exemplificativo oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 109, IV, E 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA AO ART. 168 DA LEI N. 8.112/90. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS FATOS QUE EMBASARAM A ABERTURA DO PAD E OS QUE DERAM SUPORTE À DEMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENALIDADE. DESCABIMENTO. ATO VINCULADO.

1. Não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva da Administração, porquanto a autoridade impetrada informa que o impetrante foi condenado criminalmente a três anos de reclusão pelos mesmos fatos apurados administrativamente, razão pela qual o prazo a ser



considerado é de oito, e não de cinco anos, incidindo, na hipótese, os arts. 109, IV, e 110, § 1º, do Código Penal.

2. O impetrante tomou ciência do prosseguimento do processo administrativo, tendo em vista que solicitou cópia integral dos autos, por meio do Memorando 41/2011-NPO/SR/DPF/BA, de 10/01/2011, e, não logrando demonstrar a ocorrência de mácula apta a propiciar a decretação de nulidade do PAD, aplica-se o princípio *pás de nullité sans grief*, consoante consignado pelo representante do *Parquet* Federal e na esteira da iterativa jurisprudência desta Corte.

3. Ao contrário do afirmado pelo impetrante, a autoridade impetrada fundamentou adequadamente a sua discordância em relação às conclusões da Comissão Processante, inexistindo, portanto, ofensa ao art. 168 da Lei n. 8.112/90.

4. A fundamentação legal utilizada na Portaria de abertura do PAD é a mesma em que se embasou o ato demissório (Portaria 2601, de 25/11/2011 - fl. 803, e-STJ), qual seja, o enquadramento nas infrações disciplinares previstas no art. 43, incisos VIII, XX, XXIX e XLVIII, da Lei n. 4.878, de 1965, razão pela qual não prospera a alegada ausência de identidade entre os fatos que embasaram a abertura do PAD e os que deram suporte à demissão do impetrante.

5. Dentre as condutas imputadas ao impetrante, consta transgressão ao inciso XLVIII do art. 43 da Lei n. 4.878/65 (prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial), cuja penalidade de demissão encontra-se taxativamente prevista no inciso II do art. 48 da referida norma, ou seja, o ato de demissão é vinculado, descabendo ao Administrador fazer qualquer valoração, competindo-lhe unicamente aplicar a penalidade prescrita, razão pela qual é despiciendo falar em razoabilidade ou proporcionalidade.

Segurança denegada. Liminar revogada. Agravo regimental da União prejudicado. (MS 18.122/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 20/02/2013) (grifou-se)

Como se pode observar, a jurisprudência em questão aponta que o elemento motivo, ou seja, que a situação de fato que ensejou a prática do ato, está taxativamente descrita em lei, portanto, a penalidade de demissão foi aplicada porque a conduta imputada ao impetrante consta como transgressão ao inciso XLVIII do art. 43 da Lei n. 4.878/65.

Já os atos discricionários são aqueles praticados pela Administração Pública no exercício do Poder Discricionário, que neste caso goza de certa liberdade de escolha, mas sempre nos termos e limites da lei. Esses atos não deixam de se submeter ao princípio da legalidade, que no âmbito administrativo é mais limitado e significa dizer que a Administração só pode fazer o que a lei permitir.

Ao praticar um ato discricionário, o agente público possui certa liberdade quanto à valoração dos motivos e à escolha do objeto, sempre pautando suas escolhas nos critérios de oportunidade e conveniência administrativa. Esses

critérios, também conhecidos como Mérito Administrativo, implicam em limites ao agente público no que diz respeito à prática do ato.

Exemplificando, tem-se a venda de bens imóveis da Administração Pública, adquiridos por procedimentos judiciais ou dação em pagamento, no art. 19 da Lei nº 8666/93. Neste artigo a lei deixa o administrador escolher entre a modalidade de licitação concorrência ou leilão, segundo critérios de conveniência ou oportunidade e regendo-se por princípios como o da moralidade e o da impessoalidade. Observa-se que a própria lei delimita a escolha, não podendo o administrador escolher a modalidade tomada de preço, por exemplo.

Saliente-se, nos casos em que o legislador usa conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo que enseja a prática do ato cabe também ao agente público usar do mérito administrativo e dos princípios basilares da administração para interpretar esses conceitos. Considera-se, por exemplo, conceito jurídico indeterminado a “boa-fé”, “conduta escandalosa”, “tumulto”, entre outros. Então, é no caso concreto que o agente público, tendo em vista o interesse público, examinará as possibilidades de atuação juridicamente legítimas. Frisa-se que o Poder Judiciário não pode substituir a administração nesse juízo de valor, pois, trata-se de um juízo de mérito administrativo.

Igualmente, a matéria foi recentemente objeto de apreciação pelo STJ, como se verifica dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. INVIABILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER TUTELADO NA ESTREITA VIA DO MANDAMUS.

1. A controvérsia do presente recurso ordinário diz respeito à ilegalidade da fixação do prazo de validade do concurso público, na forma que o fez o item 16 do Edital n. 004/CESIEP/2009, que assim dispõe: " 16.1 Este Concurso perderá a validade com a inclusão e matrícula no CFO dos 35 (trinta e cinco) candidatos aprovados e classificados".

2. Não há qualquer ilegalidade no ato do agravado passível de anulação por meio de mandado de segurança. Validade e prorrogabilidade inserem-se no âmbito do poder discricionário da Administração, que, diante da especificidade e complexidade do concurso pode fixar em edital prazo de validade que melhor lhe convir.

3. O art. 37, inciso III, da Constituição Federal estipula que " o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável

por igual período", ou seja, o prazo de validade do certame é de no máximo 02 (dois) anos, podendo a Administração fixar prazo de validade inferior a 02(dois) anos, mas não ultrapassá-lo.

4. Ademais, conforme relatado pela Corte de origem, a Lei n. 6.218/83, que dispõe sobre Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, em seu art. 160, determina que "os resultados obtidos nos concursos realizados na Corporação terão validade por 2 (dois) anos a contar da data da publicação das mesmas no Boletim do Cmdo Geral, exceção feita aos obtidos nos concursos para ingresso nos Cursos de Formação, que terão validade apenas para o ano estabelecido no respectivo edital". Ora, no presente caso, a abertura para as inscrições para o novo certame para o mesmo Curso de Formação de Oficiais ocorreu apenas em 2010 por meio do Edital n. 001/CESIEP/2010, respeitando o art. 160 da Lei n. 6.218/83, uma vez que o concurso regulado pelo Edital n. 004/CESIEP/2009, só teria validade até o final do ano de 2009 e, para o ano de 2010, as vagas deveriam ser preenchidas mediante a abertura de novo processo seletivo, como exatamente ocorreu.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 37.826/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013)

(grifo nosso)

Ainda:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO A PEDIDO. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, "A", DA LEI 8.112/90 - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. A jurisprudência do STJ vem afirmando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado. Contudo, a tutela à família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor pelo Judiciário, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume em uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato.

2. Verifica-se que a remoção para acompanhamento de cônjuge exige prévio deslocamento de qualquer deles no interesse da Administração, inadmitindo-se qualquer outra forma de alteração de domicílio.

3. In casu, constato que não ficou demonstrado que a situação se encaixa nas hipóteses que preveem a remoção como direito subjetivo do servidor, uma vez que consta nos autos que a recorrida teve que alterar seu domicílio, em virtude de aprovação em concurso público; assim, estava ciente de que iria assumir o cargo em local diverso da residência do marido.

4. Ressalto que a jurisprudência deste Tribunal Superior é rigorosa ao afirmar que a remoção requerida pelo servidor para acompanhar cônjuge é ato discricionário, embasado em critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público

sobre o privado.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1305040/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012)

(grifou-se)

As jurisprudências mencionadas acima enfocam o ato administrativo discricionário. Na primeira, há uma análise da possibilidade de apreciação pelo Judiciário do mérito administrativo, e como já se estabeleceu nesse estudo, o mérito administrativo não pode ser analisado pelo Poder Judiciário, como bem foi esclarecido pelo Tribunal, a validade e prorrogabilidade de concurso público insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração, não sendo passível de anulação por meio de mandado de segurança.

Na segunda jurisprudência apresentada tem-se um pedido de remoção para acompanhar cônjuge e devido a recorrida ter que alterar seu domicílio, em virtude de aprovação em concurso público, o recurso especial foi provido porque o pedido da recorrida não se enquadrou nas hipóteses taxativas previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato. Sendo então o recurso provido com embasamento nos critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado.

Por fim, vale distinguir a arbitrariedade da discricionariedade. Esta última diz respeito a existência de lei e prática de ato dentro dos limites por ela impostos, a primeira implica em prática de ato contrário a lei ou não previsto nela, ferindo princípios basilares da Administração Pública.

### 2.3 Elementos do Ato Administrativo

Antes de iniciar as explicações é importante ressaltar que o termo elementos do ato administrativo e o termo requisitos do ato administrativo, são tratados por parte da doutrina como sinônimos e por outra com diferenciação de conceitos. Aqui, no presente estudo, estes termos serão tratados como sinônimos.

Apesar de haver autores que acrescentam outros elementos para o ato administrativo, aqui adotar-se-á a posição majoritária que tem por base a Lei nº

4717/65. Nesta lei constam os cinco requisitos do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A competência para prática do ato é definida em lei, atos normativos gerais e também na Constituição Federal, portanto, é um elemento vinculado. Para que o Administrador pratique o ato não basta que este apenas ostente a qualidade de agente público e sim que haja a competência definida em lei para tanto. Caso haja a violação de competência haverá o chamado excesso de poder que é quando o Administrador atua fora ou além de sua esfera de competência estabelecida na lei.

A finalidade é tudo o que se busca proteger com a prática do ato administrativo. Ela pode ser genérica ou específica, a finalidade genérica consta em todos os atos administrativos, pois tem como escopo a busca e atendimento ao interesse público. Já a finalidade específica, é aquela definida na lei, aquela que diz qual a intenção de cada ato especificamente. Por exemplo, o ato de demissão tem por finalidade a punição do servidor público.

Ainda quanto à finalidade destaca-se que a específica é elemento vinculado do ato mesmo no caso de atos discricionários, há na doutrina quem diga que quanto à finalidade genérica, busca do interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, esta seria discricionária. Mas aqui considerar-se-á a finalidade como sendo um requisito vinculado. Isso porque, estamos levando em consideração a finalidade específica e sabe-se que esta não é definida pelo agente público e sim pela lei. Uma vez violada essa finalidade, há desvio de poder, uma das modalidades do denominado abuso de poder, passível de controle pelo Judiciário.

A forma é outro elemento vinculado à lei, pois, é nela que será determinado o modo de exteriorização do ato administrativo. Salvo, quando a lei for silente ou quando estabelecer mais de uma forma possível para o ato. Em razão do princípio da instrumentalidade das formas, o vício no elemento forma é sanável desde que não gere prejuízo a terceiros e desde que seja mantido o interesse público.

O motivo é a situação de fato e de direito que enseja a prática do ato. Quando ocorrer a necessidade no caso concreto da prática do ato e essa prática tem que está descrita em lei, ou seja, é a causa que determina ou autoriza a feitura do ato. O motivo geralmente possui feição discricionária, o agente público irá apenas respeitar os limites impostos pela lei, ressalvados os atos vinculados onde todos os elementos estão descritos objetivamente em lei.

O objeto do ato administrativo é o efeito imediato causado pelo ato no mundo jurídico. Ele deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. O objeto do ato identifica-se com o seu conteúdo material, por meio do qual o Poder Público manifesta sua vontade.

Cabe observar ainda, que os requisitos motivo e objeto do ato administrativo discricionário constituem o seu mérito, já que se refere a conveniência e oportunidade do Administrador Público, e portanto, não pode haver controle por parte do Poder Judiciário.

Somente em casos excepcionais a jurisprudência admite que o Poder Judiciário se imiscua no mérito do ato administrativo, como dá conta o recentíssimo julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. EXAME DE LEGALIDADE. SUBSUNÇÃO DE FATO INCONTROVERSO À LEI. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. É possível ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo quando constatada a existência de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade ou teratologia. Precedente, mutatis mutandis: RMS 25.267/MT, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 9/6/09.

2. A Primeira Seção, no presente caso, se limitou a reconhecer, a partir dos fatos incontroversos extraídos nos autos, a ilegalidade da pena de demissão imposta ao servidor, uma vez que o ato a ele imputado não se subsumia à norma contida no art. 11, caput, da Lei 8.249/92.

3. "Não merece prosperar o pedido de análise de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, porquanto a esta Corte não é dado fazê-lo, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal" (EDcl no RMS 10.105/CE, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, Des. Conv. TJPE, Sexta Turma, DJe 23/10/12).

4. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl no MS 16.385/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2013, DJe 06/03/2013)

(grifo nosso)

Como resta claro, há hipóteses excepcionais que admitem a possibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo. Esse julgado recente estabelece quais são essas hipóteses. São elas: a existência de ilegalidade, defeito

de forma, abuso de autoridade ou teratologia<sup>4</sup>.

Não obstante, para a grande maioria dos casos, permanece válido o entendimento tradicional sobre o tema, aplicado na decisão dos seguintes casos pelo STJ:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. MARCA. ALTO RENOME. DECLARAÇÃO. PROCEDIMENTO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES.

1. Embora preveja os efeitos decorrentes do respectivo registro, o art. 125 da LPI não estabeleceu os requisitos necessários à caracterização do alto renome de uma marca, sujeitando o dispositivo legal à regulamentação do INPI.

2. A sistemática imposta pelo INPI por intermédio da Resolução nº 121/05 somente admite que o interessado obtenha o reconhecimento do alto renome de uma marca pela via incidental.

3. O titular de uma marca detém legítimo interesse em obter, por via direta, uma declaração geral e abstrata de que sua marca é de alto renome. Cuida-se de um direito do titular, inerente ao direito constitucional de proteção integral da marca.

4. A lacuna existente na Resolução nº 121/05 - que prevê a declaração do alto renome apenas pela via incidental - configura omissão do INPI na regulamentação do art. 125 da LPI, situação que justifica a intervenção do Poder Judiciário.

5. Ainda que haja inércia da Administração Pública, o Poder Judiciário não pode suprir essa omissão e decidir o mérito do processo administrativo, mas apenas determinar que o procedimento seja concluído em tempo razoável. Dessa forma, até que haja a manifestação do INPI pela via direta, a única ilegalidade praticada será a inércia da Administração Pública, sendo incabível, nesse momento, a ingerência do Poder Judiciário no mérito do ato omissivo.

6. Por outro lado, os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma discricionariedade técnica e vinculada, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1162281/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013)

(grifo nosso)

Como foi dito, deve-se prevalecer o entendimento de que o Judiciário não pode suprir a omissão da Administração e decidir o mérito do processo administrativo. Essa jurisprudência usada como exemplo enfoca exatamente essa

<sup>4</sup> Decisão teratológica é toda aquela que contraria a lógica, o bom senso e as relações interpessoais, ao ponto de comprometer a convivência, a urbanidade, a tolerância, a vida em sociedade, o interesse público. Disponível em: <<http://cesarheitor.blogspot.com.br/2011/05/decisao-teratologica-em-busca-de-um.html>>. Data de acesso: 15 de março de 2013.

questão ao estabelecer que o Poder Judiciário não pode agir nesses casos quando a Administração Pública for inerte. O máximo que pode acontecer é que o Judiciário determine que o procedimento seja concluído em tempo razoável.

## 2.4 Controle dos Atos Administrativos

A Administração Pública muitas vezes realiza sobre sua própria atividade um controle chamado controle administrativo, que se contrapõe ao controle legislativo e ao controle judicial.

Além do controle feito sobre seus próprios atos, chamado de controle interno, existe também o controle externo. O controle interno, como foi dito, é realizado pelo Poder Executivo sobre atos de seus próprios órgãos ou entidades, sendo denominado controle administrativo típico. Há, ainda, o controle interno realizado pelos órgãos administrativos dos Poderes Judiciário e Legislativo, no qual há a fiscalização dos atos editados por esses órgãos. Já o controle externo é realizado tanto pelo Poder Legislativo, com auxílio do tribunal de contas, quanto pelo Poder Judiciário.

O controle interno deriva do poder de autotutela da Administração expresso na Súmula 473 do STF:

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

Este controle pode ocorrer de ofício, no exercício da autotutela ou por provocação, utilizando-se o particular do seu direito de petição fundamentado no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]



XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

O controle administrativo pode ser hierárquico ou não-hierárquico. Será hierárquico quando ocorrer entre órgãos escalonados verticalmente. É de suma importância enfatizar a necessidade de escalonamento vertical, uma vez que, o fato de dois ou mais órgãos integrarem a mesma pessoa jurídica não significa que exista hierarquia entre eles. É por meio desse controle hierárquico que se podem verificar todos os aspectos referentes à legalidade e ao mérito dos atos praticados pelos agentes subordinados a determinado órgão.

O controle administrativo não-hierárquico se dá entre a administração direta e a indireta, sendo igualmente conhecido como controle finalístico, e também entre órgãos que, embora integrem uma só pessoa jurídica, não estão na mesma linha de escalonamento vertical.

No que se refere ao controle externo, importa para a presente pesquisa apenas o controle externo realizado pelo Poder Judiciário. Portanto, antes de dar início as explicações faz-se necessário o entendimento do conceito de mérito administrativo.

Como já foi dito até então, no caso de ato administrativo discricionário alguns requisitos do ato estão estritamente vinculados à lei, outros não. É o caso dos requisitos motivo e objeto que são discricionários, ou seja, se sujeitam a margem de escolha limitada pela lei. É nesse contexto que surge o denominado mérito administrativo.

Os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 446), afirmam:

O mérito administrativo é, em poucas palavras, o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos em lei.

Portanto, o mérito administrativo consiste na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, dando ao Administrador a possibilidade de decidir sobre a

conveniência, ou seja, se a prática do ato atende ao interesse público, e também de decidir sobre a oportunidade, ou seja, se o momento a ser praticado o ato é propício.

Em virtude de a lei conceder ao agente público a possibilidade de escolher conforme a oportunidade e conveniência dos casos concretos, tem-se a impossibilidade de análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Isso porque, seria contrário ao interesse público deixar que o juiz analisasse casos concretos do âmbito administrativo, pois, o Judiciário é voltado apenas para a atividade jurisdicional, estando distante da realidade administrativa. Então, se essa possibilidade fosse concedida ao juiz, ele estaria substituindo o Administrador, havendo uma clara afronta à separação de poderes.

Após esclarecer o conceito de mérito administrativo, volta-se ao assunto em questão, qual seja, o controle externo pelo Poder Judiciário.

Pois bem, não se deve confundir a impossibilidade do Judiciário analisar o mérito administrativo com a possibilidade da análise judicial da legalidade dos atos discricionários. Sabe-se que quando se fala em controle do mérito administrativo, entende-se controle da oportunidade e conveniência, e este controle só pode ser exercido pela Administração Pública, seja de ofício ou por provocação.

O Poder Judiciário, quando provocado, pode controlar unicamente a legalidade ou legitimidade do ato discricionário, nesse aspecto, poderá haver o controle quanto a qualquer elemento do ato. Sendo assim, a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto poderão ser analisados pelo Judiciário se houver extrapolado os limites da lei ou até mesmo afrontado determinados princípios basilares da Administração Pública. Logo, o judiciário pode examinar a relação de causalidade do ato administrativo, ao analisar a adequação dos pressupostos do ato com o seu objeto. Essa relação é averiguada de acordo com a finalidade do ato.

Conforme o entendimento estabelecido tem-se duas teorias que a doutrina criou no intuito de efetivar o controle externo pelo Judiciário: a teoria dos motivos determinantes e a teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade.

Segundo a teoria do desvio de poder, cabe ao Judiciário exercer o controle quando o agente público, no gozo do poder discricionário, pratica o ato no intuito de atingir fim diverso do fixado na lei, desviando-se do interesse público. Esse desvio de poder ou finalidade pode ocorrer tanto no Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. Por exemplo, quando o Poder Legislativo edita uma lei contrariando a Constituição Federal, está atuando em desconformidade com a finalidade exigida.

Já pela teoria dos motivos determinantes, será realizado o controle pelo Judiciário dos motivos utilizados pela administração ao proceder no ato administrativo se houver afronta a legalidade. Nesse contexto, é admitido o controle tanto da legalidade quanto da legitimidade dos motivos, já que o poder judiciário além da função de aniquilar a ilegitimidade do ato administrativo, também tem a função de afastar qualquer ato administrativo que exceder a discricionariedade, ou seja, quando os limites de tal liberdade forem ultrapassados.

Em suma, o Judiciário não pode analisar o mérito administrativo dizendo se o ato foi ou não conveniente e oportuno, apenas poderá analisar se houve extrapolação ou não dos limites da esfera do mérito administrativo.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS

O capítulo que se inicia abordará aspectos relativos às Políticas Públicas, tais como conceito e contextualização no histórico do Constitucionalismo, passando pelas diversas fases do Estado até o atual Estado Democrático de Direito. Este capítulo apontará, ainda, os argumentos utilizados para justificar a proibição do Judiciário de atuar no âmbito das políticas públicas e, por fim, tentar-se-á demonstrar a possibilidade das políticas públicas serem controladas por órgãos externos ao Poder Executivo.

#### 3.1 Conceito

Tradicionalmente identificadas com a efetivação dos chamados direitos fundamentais prestacionais, ou direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), o conceito jurídico de políticas públicas envolve a correta compreensão do fenômeno da discricionariedade na prática dos atos administrativos e os meios de controle desses atos por parte de órgãos alheios à estrutura do Poder Executivo.

E nesse sentido é que, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação das políticas públicas prometidas no texto da Constituição aparecem como direito subjetivo dos cidadãos, passíveis de fiscalização pelos órgãos do Ministério Público e apreciação do Poder Judiciário, no que se convencionou chamar de Judicialização das Políticas Públicas.

A respeito da matéria, cite-se o escólio de Saulo Versiani Penna (2011, p. 211/212), em sua obra *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*, em trecho a seguir transcrito:

A primeira ideia que se tem sobre "políticas públicas", ao lado da antiga e desgastada concepção da estanque "separação dos poderes", é de algo igualmente de conotação mítica, por se confundir com benesses ou dádivas conferidas e proporcionadas por governantes notadamente dotados de "sensibilidade", "espírito

público" e "habilidades políticas". Evidentemente que esse tipo de visão não se amolda mais ao paradigma constitucional e de Direito Democrático. No plano democrático constitucionalizado, as políticas públicas aparecem como exigências do cidadão à efetivação dos direitos fundamentalizados constitucionalmente.  
(grifou-se)

Assim entende-se as políticas públicas como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, inscritos, sobretudo, no art. 6º, da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se, que esse tema diz respeito ao Ministério Público, isso porque, esse órgão é encarregado constitucionalmente de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, inciso II, CF).

Nesse íterim, como assevera Gregório Assagra de Almeida (2008), a efetivação concreta dos direitos individuais e coletivos previstos no corpo da Carta Magna é o ponto central do neoconstitucionalismo<sup>5</sup>. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana.

Por tal motivo, não deve prevalecer mais no imaginário jurídico a visão extremamente tradicionalista de políticas públicas identificadas com diretrizes e metas a serem alcançadas pelo Poder Executivo dentro de uma (muitas vezes inexistente) agenda e na medida da disponibilidade financeira do órgão, impossíveis de serem demandados perante o Poder Judiciário. Adepto dessa visão, José dos Santos Carvalho Filho (2008), assegura que "não há como aceitar que um órgão não-administrativo institucionalmente, como é o caso do Poder Judiciário, possa impor a realização de atividades genéricas próprias da organização administrativa estatal".

Evidentemente, ante a visível impossibilidade (e, muitas vezes, ausência de vontade política) de o Poder Executivo cumprir as metas para atendimento satisfatórios dos direitos fundamentais prestacionais, o neoconstitucionalismo passou a entender esses direitos econômicos, sociais e culturais como sindicáveis

---

<sup>5</sup> O neoconstitucionalismo tem por finalidade buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais. (LENZA, 2009, p. 9)

diretamente ao Judiciário, sob pena de transformá-los em verdadeiros "direitos sujeitos à condição suspensiva", ao alvedrio da administração e em prejuízo de todos os cidadãos.

Em outras palavras, "retoma-se a ideia de direitos fundamentais como identificadores da origem e parâmetro das políticas públicas ou como suporte legitimador para sua criação, controle e execução" (PENNA, 2011). Isso equivale a dizer que quando se pleiteia judicial ou extrajudicialmente a implementação de uma política pública não se está invadindo o limite das atribuições do Executivo (a discricionariedade do ato administrativo), mas, sim, pleiteando-se providências concretas na efetivação de um direito fundamental do cidadão.

Quando se pleiteia a implementação de uma política pública de saneamento básico, por exemplo, estar-se, em verdade, obrigando o Estado a respeitar o direito fundamental da população à saúde. Vale dizer, não se suplica um favor do Executivo, senão que este cumpra com os termos da Constituição da República.

### 3.2 Desenvolvimento das Políticas Públicas na História do Constitucionalismo

A história do controle extra-administrativo da implementação das políticas públicas é também a história da relação de interdependência entre os três poderes do Estado. Em verdade, o controle dos atos administrativos (ou sua omissão), quando da efetivação das políticas públicas constitucionalmente previstas para satisfação dos direitos sociais fundamentais, é frequentemente questionada com fundamento no Princípio da Separação dos Poderes.

Cunhado no que se convencionou chamar de Estado Liberal de Direito, a teoria clássica da separação dos poderes é fruto direto do momento social pós-absolutismo, no qual as funções estatais se encontravam concentradas na figura do monarca, ensejando previsíveis abusos.

Sob a égide dos modelos teóricos de Locke, Montesquieu e Rousseau, bem como dos princípios jusnaturalistas por eles defendidos, sobretudo na consagração dos Princípios de Igualdade e Liberdade dos homens, o Direito deveria, por um lado, assegurar o não retorno ao absolutismo, limitando a atuação do Estado à lei e, por outro, delimitar os espaços de liberdade dos indivíduos, restringindo as

atividades estatais à defesa da ordem e segurança pública e remetendo os domínios econômicos e sociais aos mecanismos da liberdade individual e concorrência.

O público passa a existir para garantia a livre atuação do privado, pelo que se pode afirmar que a filosofia liberal individualista consagrou uma atuação do Poder Judiciário regida pela garantia da segurança jurídica, em defesa dos direitos humanos civis e políticos oponíveis contra o Estado.

Em virtude da inexistência de políticas públicas nesse modelo, não se pode analisar a atuação positiva de órgãos alheios ao executivo na implementação das mesmas. Não obstante, deve-se anotar que, por obra do constitucionalismo norte-americano, desenvolveu-se, ainda nesta época histórica, o sistema de freios e contrapesos<sup>6</sup> (*checks and balances*) que, em linhas gerais, significou a possibilidade de fiscalização entre os poderes e a atribuição de funções recíprocas e subsidiárias de uns aos outros, havendo funções típicas e atípicas para cada um dos poderes, por exemplo, o Poder Legislativo tem função típica de legislar e atípica de atuar como julgador.

Devido o advento da Revolução Industrial e os efeitos nefastos da Primeira Guerra Mundial, a desigualdade social foi aumentando cada vez mais e também em virtude do liberalismo econômico existente naquela época, houve, então, o inevitável declínio do Estado Liberal para o nascimento do chamado Estado Social de Direito<sup>7</sup>. O Estado assume, então, as desigualdades fáticas do corpo social e as Constituições incorporam os direitos fundamentais ditos sociais, garantindo acesso dos cidadãos à educação, à cultura, ao trabalho, à infraestrutura, à moradia, à saúde, etc.

---

<sup>6</sup> O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para conter abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência. (DALLARI, 1991, p. 184/185)

<sup>7</sup> Estado Social de Direito, definido como *status positivus socialis*, em contrapartida ao *status libertatis*, configurou-se como o direito a ações positivas do Estado, tendentes a implementar a igualdade e liberdade materiais. (PENNA, 2011, p. 35).

Nesse contexto, entretanto, o público passou a ser sinônimo de estatal, de modo que todas as políticas públicas são prerrogativas públicas, voltadas ao cidadão. Contudo, ao assumir a falência social, o Estado transforma a sociedade em destinatários massificados dos programas sociais constitucionalmente previstos. Essa época ficou conhecida como o apogeu das chamadas normas de conteúdo programático, onde o Estado é o titular e o responsável pela sua execução e não a sociedade.

Por tal motivo, no que diz respeito as políticas públicas, em virtude da confusão entre estatal, individual e público, a atuação do Judiciário e dos demais órgãos de fiscalização restringiu-se a garantir que as ações do governo se realizassem de acordo com as disposições legais, que dotavam de conteúdo as normas programáticas constitucionais.

A amplamente reconhecida crise do Estado Social deu lugar ao advento do Estado Constitucionalista, que proclamou a preponderância da Constituição dentro do ordenamento jurídico do Estado e propiciou o ambiente necessário à exigência da efetivação dos direitos sociais como direitos subjetivos de todos os cidadãos.

Inicialmente no constitucionalismo, mesmo já havendo a noção de Estado de Direito, a Constituição ainda era tida apenas como uma diretriz a ser seguida pelo legislador, pois esta apenas trazia preceitos relativos à organização do Estado. Em virtude do Estado de Direito consagrar o Princípio da Legalidade passou-se a proteger as liberdades e os direitos fundamentais da pessoa humana, que ficou conhecido como sendo os direitos de primeira geração.

Nessa época, havia a superioridade do Legislativo em relação ao Judiciário, isso porque, este apenas aplicava as leis sem poder discutir a inconstitucionalidade de certos atos normativos que ofendessem direitos fundamentais. O Legislativo, por sua vez, deveria se orientar somente pelos limites impostos pela Constituição para elaborar as leis infraconstitucionais.

Apenas no século XX é que se iniciou uma diminuição dessa preponderância do Legislativo, isso devido a força normativa da Constituição decretada pelas Cortes Constitucionais Europeias. Com isso, começou-se a admitir o controle constitucional das leis, além de se estabelecer os princípios constitucionais consagradores dos direitos individuais e das liberdades públicas. Nesse contexto, surgiu a necessidade de efetivação por parte do Estado das garantias fundamentais previstas constitucionalmente, entre elas, as políticas públicas.



Somente no Estado de Direito Democrático é que a Carta Magna adquiriu normatividade concreta, em especial com relação aos direitos fundamentais. Estes passaram de meros princípios orientadores da atividade legiferante e executiva para assumirem natureza cogente e auto-aplicável. Com o Estado de Direito Democrático, o Estado passa a se responsabilizar por o não cumprimento desses princípios e preceitos normativos.

Ainda no que diz respeito ao Estado de Direito Democrático, o público e o privado, perdem seu caráter antagônico e passam a representar o mesmo polo. Isso porque, há a convergência de diversos grupos sociais, além do interesse do Estado, em assegurar a mais absoluta efetivação dos valores constitucionalizados.

### 3.3 Implementação das Políticas Públicas

De acordo com o analisado no item anterior, tem-se as seguintes conclusões até o momento: a) a Constituição contém em seu corpo um catálogo de direitos prestacionais que somente encontram efetiva implementação através de ações levadas a cabo pelo Estado (leia-se Poderes Executivo e Legislativo), denominadas genericamente de políticas públicas; b) tais direitos econômicos, sociais e culturais são direitos subjetivos dos cidadãos; c) a implementação desses direitos, por intermédio da exigência de efetivas políticas públicas, insere-se no rol de atribuições do Ministério Público, conforme a norma contida no art. 129, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Efetivamente, de nada adianta ao cidadão o enunciado retórico de direito à saúde, à moradia, à educação etc., se os órgãos de fiscalização não forem dotados de instrumentos práticos de contestação dos atos da administração (comissivos ou omissivos), incompatíveis com a afirmação desses mesmos direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes (2000), sustenta que a esperança da sociedade brasileira em ver seus direitos fundamentais concretizados não está mais atrelada apenas a uma representação parlamentar, muito menos na boa vontade do representante do Executivo, o que a conduziu a exigir a efetivação desses direitos, como afirmação do ideal democrático, perante os tribunais. Nesse contexto se

fortaleceu o controle judicial dos atos do poder público e, em paralelo, a ampliação dos poderes fiscalizatórios do Ministério Público.

Em um primeiro momento de enfrentamento da matéria, coincidente com aquela visão tradicional das políticas públicas já referida no tópico 3.2, o Princípio da Separação dos Poderes do Estado imprimiu certa imunidade aos atos discricionários do Poder Executivo, já que era inconcebível, naquele primeiro momento, o controle judicial do chamado "mérito administrativo".

Como anota Saulo Versiani Penna (2011), a ideia de separação dos poderes preocupava-se em compartimentalizar de maneira estanque as competências e funções de cada um dos Poderes para que um não usurpasse as dos demais. Dessa forma, somente poderiam ser controlados judicialmente os atos administrativos vinculados, já que estes a lei estabelecia precisamente seus limites. Entretanto, os atos administrativos discricionários eram insuscetíveis de revisão, ficando alojados na seara de exclusiva vontade do Administrador Público, já que não se poderia rever o mérito administrativo, isto é, sua conveniência e oportunidade.

Não obstante, como foi visto anteriormente, devido o Direito Público ter-se voltado para a constitucionalização de suas normas no Estado Constitucional, coube ao Judiciário, assim como ao Ministério Público, o papel de fiscal dos atos públicos. Com isso, passou-se a admitir a possibilidade de pleitear junto ao Poder Judiciário o controle dos atos administrativos, inclusive aqueles discricionários.

Com a introdução da necessidade de adequação da atividade administrativa aos princípios postos na Constituição e aos direitos fundamentais nela contidos, verificou-se uma tendência à ampliação do controle dos atos administrativos. Então, diante do Princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), todo e qualquer ato administrativo, vinculado ou discricionário, causador de lesão, mesmo que esta seja em potencial, é passível de controle judicial.

Versiani Penna (2011, p. 186), pontifica que:

Não é concebível, pois, que, no Estado de Direito Democrático, haja total liberdade ao Administrador Público para a prática de ato discricionário, quando o mérito desse ato está em contraposição a princípio constitucional. [...] Exige-se que, não só os aspectos da legalidade formal, mas também os princípios sejam levados em conta quando da apreciação dos atos administrativos. [...] Conclui-se, então, que o mérito administrativo não está imune ao controle judicial

quando houver afronta direta a disposição constitucional ou a princípios nela contidos.

Mais adiante, o mesmo magistrado complementa:

O conteúdo constitucional de direitos fundamentais - pessoais e sociais - pelo caráter auto-aplicável, não faz qualquer ressalva às funções legislativa e executiva quanto à implementação: se o cidadão não tem os seus direitos respeitados, seja pela Administração seja pelo Legislativo, há legitimidade plena para que se valha do canal judicial para concretizar os direitos de cidadania constitucionalmente assegurados. [...] Em relação propriamente às políticas públicas, não há discricionariedade administrativa na omissão de cumprimento da Constituição, o que determina a possibilidade de atuação Judiciária, decorrente do princípio da inafastabilidade do controle (art. 5º, inciso XXXV, CF). (PENNA, 2011, p. 192/195)

No mesmo sentido, José João Calanzani (2011, p. 14/15), no prefácio da obra *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*, sintetiza bem esse pensamento:

Praticar Ato Discricionário significa verificar e constatar as reais necessidades dos governados, sob todos os aspectos (saúde, educação, lazer, segurança, etc.) e atendê-las no momento oportuno. Por que o ato é discricionário? Porque as necessidades nem sempre são simultâneas ou permanentes, e cabe ao governante ter a devida atenção e a necessária sensibilidade para enxergá-las. O Ato Discricionário, por conseguinte, não está sob o comando do arbítrio do governante, mas, apenas, na obrigação de praticá-lo no momento oportuno. O arbítrio tem a ver com a oportunidade e a necessidade, que vinculam sua prática, caso contrário ocorre omissão. A omissão só é lícita, se deixar de praticar determinado ato que poderia fazer, mas não o faz por razões de interesse público, devidamente demonstradas. [...] Se, pois, as políticas públicas são imposição constitucional, a sua colocação em prática, por oportunidade ou conveniência, não depende de arbítrio, mas da verificação de sua necessidade, no momento oportuno, e quando são convenientes. Se o arbítrio foi caracterizado como omissão, há lesão ou ameaça a direito, e a questão pode ser levada ao Judiciário, sem que haja ingerência na independência dos Poderes, já que a atuação do Judiciário, via processo, decorre de imposição constitucional. Nesse sentido, qualquer norma infraconstitucional que impedisse a apreciação judicial de qualquer Ato Administrativo, estaria fadado à mácula de inconstitucionalidade. [...] Se o governante não pratica, no momento oportuno, as políticas públicas previstas constitucionalmente quando é conveniente fazê-las, não há Ato Discricionário, mas omissão e, nesse caso, o instrumento de controle

de sua prática à disposição de cada indivíduo é, inegavelmente, o processo. Se, no momento da necessidade concreta, o governante se omite, o mérito do Ato Administrativo não está imune ao controle judicial.

Então, como apontou os magistrados acima, se não foi respeitados os direitos constitucionalmente assegurados do cidadão, seja pela Administração Pública seja pelo Legislativo, existe legitimidade plena para que este se valha do canal judicial no intuito de concretizar esses direitos. Isso porque, a efetivação dos direitos garantidos na Constituição Federal não está sob o comando do arbítrio do governante, este tem apenas, a obrigação de executá-los nos momentos oportunos. Contudo, isso nem sempre acontece, como se comprovará seguir.

Ao lado dos óbices impostos à implementação das políticas públicas consistentes na defesa do primado da separação dos poderes e da indiscutibilidade do mérito administrativo, diversos setores do pensamento jurídico ainda sustentam outro argumento, utilizado para negar vigência à Constituição Federal e aos direitos fundamentais nela consignados: o argumento da "reserva do possível".

De fato, trata-se de tema que vez ou outra ainda encontra amparo nas decisões judiciais que são menos comprometidas com a efetivação dos direitos constitucionais e que na modernidade representa uma das barreiras para a discussão sobre políticas públicas.

No sentido fático do termo, "reserva do possível" significa a ausência de recursos para dar guarida a todos os reclamos da sociedade. Já no sentido jurídico, "reserva do possível" representa a necessidade de prévia dotação orçamentária (lei) para o cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Nessa acepção jurídica do termo é que a "teoria da reserva do possível" vem sendo confundida com o "princípio da reserva legal", em que se cria a exigência de prévia dotação orçamentária capaz de possibilitar a execução da política pública almejada.

Sobre a Teoria da reserva do possível, esclarece Flávio Dino de Castro e Costa (2005, p. 49):

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, [...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o Estado dos

recursos e tendo o Poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Atualmente, como afirma Renata Catacci Guimarães (2010), é impossível tratar de políticas públicas sem mencionar a questão orçamentária. Ela é imprescindível para implementação dos direitos sociais porque somente através da previsão orçamentária de recursos que se realiza a programação de gastos públicos, de arrecadação de receitas e definição das estratégias econômico-sociais do Estado para que as escolhas de prioridades ganhem maior relevância<sup>8</sup>.

Nesse particular, Versiani Penna (2011), entende que caberá à dialética processual (ou extraprocessual, em caso de atuação preventiva do Ministério Público, acrescente-se ao pensamento do autor) a obtenção de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, que permitirão extrair quais as políticas públicas a serem controladas e implementadas, sem o comprometimento da própria coletividade.

Vale dizer, não se trata aqui de saber se as políticas públicas podem ou não serem controladas por órgãos externos ao Poder Executivo, matéria já fora de qualquer dúvida, mas sim saber como essas políticas serão efetivadas, usando de juízos de proporcionalidade e razoabilidade. Trata-se, enfim, de se buscar soluções criativas para superar o entrave (legítimo, diga-se) de ausência de lei e de dotação orçamentária para tanto.

Utilize-se o seguinte exemplo de atuação extrajudicial: em uma pequena cidade do interior, o Promotor de Justiça verifica irregularidades no serviço de saneamento público. Chamado o Prefeito Municipal para celebração de termo de ajustamento de condutas, ambas as partes acordam no sentido de que dotações fossem incluídas no orçamento do ano seguinte e que as obras comesçassem em janeiro. Assim, a política pública foi implementada e não se sacrificou o orçamento do ente público.

Efetivamente, quando se passa a argumentar com a "reserva do possível", tem-se por superada a discussão a respeito da sindicabilidade das políticas públicas ao Poder Judiciário, passando-se a se ater a questões simplesmente orçamentárias.

---

<sup>8</sup> *Controle Judicial de Políticas Públicas e a Atuação do Ministério Público para Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.clickartigos.com.br/direito/doutrina/controle-judicial-de-politicas-publicas-e-a-atuacao-do-ministerio-publico-para-efetivacao-dos-direitos-fundamentais.html>>. Data de acesso: em 01 de março de 2013.

## 4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste capítulo tratar-se-á da possibilidade de levar ao Judiciário as questões que envolvem a não execução de Políticas Públicas previstas no texto constitucional. Além de tratar sobre os instrumentos formais inerentes ao Poder Judiciário capazes de efetivar a execução dessas políticas. Discutir-se-á também os instrumentos de atuação do Ministério Público, e por fim, se elencará os procedimentos judiciais aptos à implementação das Políticas Públicas.

### 4.1 O Judiciário e as Políticas Públicas

O Poder Judiciário sempre foi voltado à solução de controvérsias privadas e interesses particulares. Muito se discute sobre a possibilidade dele atuar no âmbito das Políticas Públicas, seja devido ao sempre invocado Princípio da Separação de Poderes ou devido a Reserva do Possível, como já mencionado no tópico 3.3.

No entanto, com o aprofundamento dos controles judiciais dos atos governamentais e ainda em virtude da introdução das ações coletivas no nosso sistema, o foco de discussão dessa possibilidade deixa de está circunscrito ao Judiciário e passa a representar no modelo democrático constitucional preocupação de natureza processual-judicial.

Em sua obra sobre o Poder Judiciário, Pedro Lessa (2003), ao analisar a Constituição de 1891 já apontava que não há razão fática ou jurídica que justificasse o impedimento do exercício do direito de ação perante o Judiciário que tenha por objetivo a discussão sobre “questões exclusivamente políticas”<sup>9</sup>.

Ainda que assim não fosse, a legitimidade processual judicial na implementação de políticas públicas decorre de expressa previsão constitucional contida no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988.

A quem diga que essa norma invocada não abrange todos os direitos fundamentais, mas apenas os individuais e coletivos do art. 5º.

---

<sup>9</sup> Questões exclusivamente políticas, para Pedro Lessa, são aquelas que possuem elevado grau de discricionariedade do Executivo ou Legislativo. (2003, p. 62)

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 262/263), aduz:

Em que pese a circunstância de que situação topográfica do disposto poderia sugerir uma aplicação da norma contida no 5º, §1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o §2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º. [...] Se, todavia, optarmos por não nos contentar com a argumentação embasada numa interpretação cingida à letra do texto constitucional, verificamos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, §1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável.

Portanto, também por disposição constitucional expressa, o processo judicial possui plena legitimidade para debater sobre políticas públicas, até mesmo discutir as normas constitucionais de “cunho programático”, desde que esteja diante das omissões do poder Legislativo e Executivo, além da necessidade de afirmação concreta da Constituição Federal.

Ainda nesse sentido, Sarlet (2009, p.269-270), afirma:

Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumento fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Assim, sempre que houver omissão por parte do Poder Público, ou seja, quando o arbítrio que está inerente à prática do ato administrativo discricionário não for exercido conforme a oportunidade e conveniência existente no caso concreto, ocorrerá a omissão. Esta omissão só poderá ser considerada lícita se a Administração Pública deixar de praticar determinado ato por razões de interesse público devidamente comprovadas.

Então, atendendo ao Princípio da Inafastabilidade do Judiciário, estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, especialmente na parte que toca a ameaça a direito, é certo aduzir que a omissão na execução ou implementação das Políticas Públicas configura-se ameaça a direito. Não se faz necessário ocorrer a lesão propriamente dita, apenas a ameaça a direito é suficiente para que o Judiciário intervenha no âmbito das Políticas Públicas.

Concordando com esse posicionamento, José João Calanzani (2011, p. 14), escreveu no prefácio da obra *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*:

Se, pois, as políticas públicas são imposição constitucional, a sua colocação em prática, por oportunidade e conveniência, não depende de arbítrio, mas da verificação de sua necessidade, no momento oportuno, e quando são convenientes.

Logo, a lesão ou a ameaça a direito, praticado por omissão pública, implica diretamente na possibilidade de levar a questão ao Poder Judiciário sem que haja ingerência na independência dos Poderes, uma vez que a atuação deste através do processo é uma imposição constitucional.

Diante do exposto, cumpre ressaltar que há, para o Poder Judiciário, diversos instrumentos formais que possibilitam sinalizar suas preferências, como por exemplo, a revisão constitucional e outros de bem mais impacto, como é o caso da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADIn<sup>10</sup> ou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> A ação direta de inconstitucionalidade – Adin – é a ação típica do controle abstrato brasileiro, tendo por escopo a defesa da ordem jurídica, mediante a apreciação, na esfera federal, da constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, em face das regras e princípios constantes explícita ou implicitamente na Constituição da República. (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p. 342/343)

<sup>11</sup> Tanto a Constituição como a lei infraconstitucional deixaram de conceituar preceito fundamental, cabendo essa tarefa à doutrina e, em última instância, ao STF. [...] Para Uadi Lammêgo Bulos,



Em face da inércia da jurisdição, necessário se assinalar que tais demandas precisam de adequada postulação pelos legitimados para tal, como a ação popular e a ação civil pública – nestas últimas, assume protagonismo o Ministério Público em defesa dos prejudicados pela omissão pública, conforme se verá no tópico seguinte.

Entretanto, os efeitos dessa atuação no sistema político depende tanto das regras que conduzem a legitimidade ativa dos agentes diante dos tribunais quanto dos argumentos legais à disposição deles, além das regras vigentes de abrangência das decisões jurídicas. Simplificando, quanto mais abrangente e vinculante o instrumento jurídico utilizado, maior será o potencial de se criar um ponto de veto dentro do Judiciário, como nos casos da ADIn no STF.

#### 4.2 Ministério Público e as Políticas Públicas: Instrumentos de Atuação

No atual sistema constitucional vigente, indubitosa a competência do Ministério Público para "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, inciso II, CF). Dentre os direitos assegurados na Constituição Federal, encontram-se aqueles direitos sociais previstos no art. 6º, chamados nesse estudo de direitos prestacionais ou direitos econômicos, e também direitos sociais ou culturais.

Igualmente, o art. 127, CRFB, atribui ao Ministério Público a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Assim, considerando-se que a Constituição declara como indisponíveis o direito à vida, à liberdade, à educação, à saúde, entre outros, indubitoso que a defesa destes se encontra dentro do âmbito de atuação do órgão ministerial.

No entendimento de Leonardo Augusto Gonçalves (2006), o perfil constitucional dá ao Ministério Público relevância no rol das instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito, e coloca-o como base de sustentação

---

"qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comando basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária" (LENZA, 2008, p. 211/212)

de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania (art. 1º, inciso II, CF), esta por sua vez traz em si a ideia do direito fundamental da pessoa à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre muitas outras garantias que o Estado tem o dever de assegurar.

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constitucional, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos chamados direitos sociais, conforme discriminados no art. 6º da CF<sup>12</sup>.

Desempenhando desse múnus constitucional que lhe foi atribuído, o Ministério Público pode atuar tanto judicialmente, nos casos em que provocará o Poder Judiciário para decidir o conflito de interesses através de uma ação, como extrajudicialmente, quando atua lançando mão dos diversos instrumentos previstos em lei para tanto, e utiliza outros meios tais como, o inquérito civil público - ICP<sup>13</sup> - e o termo de ajustamento de conduta - TAC<sup>14</sup>.

Ao lado do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a atuação ministerial na implementação judicial de políticas públicas se destaca no âmbito das ações coletivas, notadamente na propositura da ação civil pública.

Todavia, nessa atuação judicial, é preciso que se esclareça que somente contando com um Poder Judiciário disposto a discutir o tema relativo ao cumprimento das políticas públicas, é que será possível que o Ministério Público cumpra com sua missão institucional de forma apropriada.

Logo, caso o Poder Judiciário se feche para as questões que envolvem as Políticas Públicas, o agente público omissor ver-se-á em situação bastante cômoda, usando sempre do velho argumento de que o cumprimento dos direitos sociais está

---

<sup>12</sup> *O ministério público e a tutela dos direitos sociais*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1492](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1492)>. Data de acesso: 01 de março de 2013.

<sup>13</sup> O Inquérito Civil Público é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública. (MAZZILLI, 2005, p. 390)

<sup>14</sup> O Termo de Ajustamento de Conduta é um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. (MAZZILLI, 2005, p. 359)

sujeito à discricionariedade de seu poder, cabendo exclusivamente a ele decidir sobre a oportunidade e conveniência da implementação das determinadas políticas públicas.

Mais maleáveis são as atuações ministeriais no âmbito extrajudicial. Por meio do inquérito civil o Ministério Público tem a faculdade de requisitar documentos, serviços temporários de servidores do Poder Público e meios materiais para realização de atividades específicas, além de exames, perícias, inspeções, que podem esclarecer acerca das circunstâncias em que foram adotadas (ou omitidas) certas políticas públicas. Além do mais, sempre se pode lançar mão do instrumento da audiência pública, que permite a discussão popular sobre a execução dos direitos fundamentais.

Nesse passo, percuciente a observação de Renata Catacci Guimarães (2010), em seu artigo publicado em página eletrônica:

A participação do Ministério Público na elaboração das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento aos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto. De outra ponta, se o Ministério Público deve atuar na elaboração das políticas públicas, também deve ter ao seu alcance instrumentos eficazes na busca do cumprimento das políticas já formuladas. Ainda na fase extrajudicial, além do inquérito civil público outros procedimentos administrativos poderão ser realizados pelo Ministério Público como a Recomendação e os compromissos de ajustamento de condutas, que poderão garantir a satisfação das políticas públicas de maneira mais ágil sem a necessidade de percorrer todo o processo da ação civil pública. [...] Portanto, a atuação do Ministério Público pela via extrajudicial a fim de concretizar as políticas públicas e por consequência efetivar os direitos fundamentais, pode dar-se de várias formas para que se evite a demora decorrente da realização de todos os atos procedimentais da lide processual. Entretanto, quando tais medidas não forem suficientes, inevitavelmente o Ministério Público terá de valer-se das vias processuais, ou seja, deverá propor a Ação Civil Pública a fim de assegurar os direitos fundamentais da coletividade, que devem sempre ser o norte de todo e qualquer ente ou órgão público<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> *Controle Judicial de Políticas Públicas e a Atuação do Ministério Público para Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.clickartigos.com.br/direito/doutrina/controle-judicial-de-politicas-publicas-e-a-atuacao-do-ministerio-publico-para-efetivacao-dos-direitos-fundamentais.html>>. Data de acesso: 01 de março de 2013.

Nessas largas linhas, nota-se o papel decisivo assumido pelo Ministério Público no jogo político de implementação das políticas públicas e na realização dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, seja através da demanda judicial dos interesses ou através dos eficazes meios extrajudiciais de atuação.

#### 4.3 Procedimentos Judiciais Aptos à Implementação de Políticas Públicas

Não resta dúvidas que a implementação e controle de políticas públicas pelo Judiciário perfaz prerrogativas do Estado Democrático de Direito, visto que o processo judicial é o meio mais eficiente para suprir as necessidades sociais violadas.

Com a globalização social há a modernização das técnicas de reprodução, da tecnologia, e também dos instrumentos que assegurem a paz social e o comunitarismo. Diante disso, surgem os chamados direitos de 4º, 5º e 6º gerações que ensejam cada vez mais relações complexas que devem ser amparadas e solucionadas por meio do devido processo legal.

Os doutrinadores classificam os direitos fundamentais em dimensões ou gerações de direitos, alguns autores citam que os Direitos Humanos já estão em sua 6º geração. Contudo, a maioria dos doutrinadores confirmam apenas a existência da 3º geração de direitos fundamentais, sendo que a 4º e 5º geração não é pacificamente reconhecida pela doutrina.

Os Direitos Humanos de primeira geração são aqueles relativos às liberdades públicas e aos direitos políticos, logo, são os direitos civis e políticos que traduzem o sentido do termo liberdade. Os Direitos Humanos de segunda geração ocorreram na época da Revolução Industrial, a partir do século XIX. Nesse contexto, as condições precárias que viviam os trabalhadores deu início aos direitos de segunda geração, pois tinham como prioridade os direitos sociais, culturais e econômicos, traduzindo, assim, o sentido do termo igualdade.

Já os Direitos Humanos de terceira geração, tem como cenário as profundas modificações sociais na comunidade internacional devido o desenvolvimento técnico

e científico. Em virtude dessas modificações novos problemas surgem, tais como a necessidade de preservação ambiental ou proteção do consumidor. Assim, despertam os direitos de solidariedade, também conhecido como os direitos dos povos.

Quanto aos Direitos Humanos de quarta geração, tem-se que esses direitos são decorridos dos avanços no campo da engenharia genética. Isso porque, a manipulação do patrimônio genético enseja riscos a própria existência humana, devendo a pesquisa biológica ser orientada conforme os ditames defendidos pelos direitos da pessoa humana. Nessa geração predominam-se os direitos à vida em dimensão planetária.

Por fim, os Direitos Humanos de quinta geração, como já citado anteriormente, não são recebidos pacificamente pela maioria da doutrina, mas cumpre citá-los aqui apenas por via de esclarecimento. Os direitos de 5º dimensão são aqueles que protegem o direito à imagem, à honra, às obras publicadas por meio virtual, entre outros. São, então, conhecidos por direitos cibernéticos ou direitos virtuais, que buscam proteger tanto as pessoas naturais como as pessoas jurídicas do uso indeterminado dos meios de comunicação eletrônica.

Finalmente, saliente-se que não existe nenhuma hierarquia entre as dimensões de direitos fundamentais, devendo estes serem reconhecidos de forma independente e indivisível. Posto que, essa evolução não se deu em ordem cronológica como assim foi apresentado no texto. Cada lugar desenvolveu seus direitos de acordo com suas situações históricas. Ademais, cumpre ressaltar que a doutrina prefere a expressão “dimensões de direitos fundamentais” justamente pelo fato dessa expressão acarretar a ideia de acumulação de direitos.

Com a evolução dos direitos fundamentais, a necessidade de criar políticas de segurança, carcerárias, escolares, de inserção no mercado de trabalho, regimes habitacionais, saúde pública, entre outras políticas é de extrema importância para suprir as questões emanadas da modernidade social.

E para isso deve-se haver um Estado voltado para melhoria das condições de vida dos cidadãos. Estado este que busque juntar o Direito e a Democracia, verificando as necessidades concretas vivenciadas pela população e juntamente com a participação dos interessados-legitimados buscar uma solução, seja judicial ou extrajudicial, para dirimir as lacunas oriundas da não execução dessas políticas públicas.

É em virtude desse pensamento que as estatísticas apontam cada vez mais um aumento de demandas judiciais pleiteando a execução dos direitos prestacionais estabelecidos no art. 6º, da Constituição Federal. Até mesmo no STF, em se tratando apenas de controle concentrado, já se verifica uma elevação dessas ações, como revelou a Assessoria de Gestão Estratégica do STF<sup>16</sup> em 12 de maio de 2009.

---

<sup>16</sup> Tramitam atualmente no Supremo Tribunal Federal (STF) 1.040 ações que fazem o chamado “controle concentrado” de constitucionalidade, quando se contesta diretamente a legalidade de uma determinada lei ou ato normativo. Dados fornecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF dão conta de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é o instrumento mais utilizado nesses questionamentos, com 976 pedidos em curso na Corte. Para realizar o “controle concentrado” de constitucionalidade, há quatro tipos de instrumentos jurídicos que podem ser apresentados no STF: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs). Diferentemente do controle concentrado, o “controle difuso” ocorre quando as inconstitucionalidades de normas são questionadas indiretamente, por meio da análise de situações concretas. No Brasil, os dois sistemas são adotados, o que é considerado um sistema misto, híbrido. As leis que regulamentam ADC e ADI (Lei nº 9.868/99), assim como ADPF (Lei nº 9.882/99), completam, em 2009, 10 anos de vigência. ADIs: Dos 1.040 processos em tramitação na Corte, 976 são ADIs, que têm por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional. Até abril deste ano, foram distribuídas no Supremo 4.230 ADIs. Dessas, 2.797 contam com decisão final. A maior parte delas – 1.769 (41,8%) – não chegou sequer a ser “conhecida”, ou seja, efetivamente julgada. Nesses casos, os pedidos são arquivados. Do total que chegou a ter o pedido de mérito analisado, 686 (16,2%) foram consideradas procedentes, resultando na declaração de inconstitucionalidade de alguma norma legal. Uma parte pequena dessas ADIs foi julgada procedente em parte – ao todo foram 173 (4,1%). Outras 169 ações, 4% do total com decisão final, foram julgadas improcedentes. Os governadores lideram o *ranking* de autoridades que mais ajuizam pedidos de ADIs no Supremo. Até abril deste ano foram 1.061 (25,1%). Depois deles estão as confederações sindicais ou entidades de classe, com 928 pedidos (21,9%), seguidas do procurador-geral da República, com 903 (21,3%) ações. A relação dos legitimados a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade está no artigo 103 da Constituição Federal. ADPFs: As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) são a segunda categoria de instrumento jurídico mais ajuizado no Supremo para fazer o “controle concentrado” de uma determinada norma ou ato normativo. As ADPFs servem para evitar ou reparar uma violação de algum preceito fundamental da Constituição Federal. Até abril deste ano chegaram à Corte 166 ADPFs. Dessas, 101 já contam com decisão final. Três foram julgadas procedentes, uma foi julgada improcedente e a maioria, 97 (58,4%), não foi conhecida. Outras 54 (32,5%) ainda aguardam julgamento de mérito. Entre as autoridades autorizadas para apresentar ADPFs no Supremo, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional são as que mais o fazem. Até abril, elas foram responsáveis por 49 (29,5%) do total de ADPFs apresentadas à Corte. ADCs: Das 22 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) ajuizadas no Supremo até o momento, somente quatro aguardam julgamento de mérito. As ADCs têm por finalidade confirmar a constitucionalidade de uma lei federal e garantir que essa constitucionalidade não seja questionada em outras ações. Das 13 ADCs com decisão final, a maioria, 7 (31,8%), não foi conhecida; cinco (22,7%) foram julgadas procedentes e uma foi julgada procedente em parte. Novamente as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional lideram o ajuizamento de ADCs. Até abril deste ano, foram 7 (31,8%). Depois delas, está o presidente da República, com cinco pedidos (22,7%), e governadores de estado, com quatro (18,2%). ADOs: A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é uma classe processual criada ano passado para abranger pedidos em que se aponta omissão na criação de norma para tornar efetiva uma regra constitucional. Segundo o parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição, uma vez "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Desde que a nova classe foi criada, foram ajuizadas no Supremo 7 pedidos de ADOs. Quatro são de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional; duas são de partidos políticos e uma é de

Portanto, necessário se faz melhorar o procedimentalismo brasileiro e a racionalização das demandas da sociedade, devendo ser repensado o Direito Processual a partir do Direito Processual Coletivo e do Direito Processual Público.

Nesse sentido, deve-se buscar o aperfeiçoamento da ação civil pública, principalmente no que tange a legitimação para propositura. Frisa-se que apesar de se dar mais destaque as ações coletivas ou civis públicas, não se pretende excluir a participação individual no processo, apenas se busca permitir o acesso do maior número possível de legitimados a discutir essas implementações de forma segura e da forma que está prevista constitucionalmente.

Nessa diapasão, assevera Almeida (2007, p. 85):

Apesar das resistências existentes em determinados setores mais ortodoxos da doutrina e da jurisprudência, o melhor entendimento sustenta que é possível a implementação de políticas públicas via ação civil pública, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas (art. 129, III, c/c o art. 5º da LACP)

Por exemplo: será cabível ação civil pública para que o Estado venha a reformar um determinado sistema penitenciário ou para que venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que isso fique demonstrado especificamente que se trata de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva vise implementar direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

É de se registrar que a Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe também ao Ministério Público (art. 129, II) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover as medidas necessárias para sua garantia.

Portanto, o ajuizamento de ação civil pública para implementação de políticas públicas possui fundamentação expressa na Constituição, conforme se extrai do seu art. 129, II e III. O art. 5º, XXXV, da CF, ao assegurar o princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, também ampara esse tipo de intervenção judicial.

Assim, observa-se que a ação coletiva pode constituir objeto de fundamental importância para controle e implementação de políticas públicas, desde que essas sejam socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Isso porque, a ação civil pública como instrumento para implementação dessas políticas possui fundamentação expressa na Constituição Federal, conforme referido texto.

Outra modificação que poderia ser de grande ajuda para a jurisdição constitucional seria a introdução do Princípio da Subsidiariedade<sup>17</sup>, com a admissão de ações de natureza privada, mas subsidiária da ação civil pública, mais ou menos como ocorre com a ação penal privada subsidiária da pública.

Nesse contexto, deve-se ainda haver uma revisão do nosso sistema processual no que tange aos institutos da prevenção, foro de competência, preclusão e dos efeitos da coisa julgada. Só assim haverá uma maior efetivação das garantias fundamentais.

Ainda deve-se refletir sobre a possibilidade da sentença ter efeitos diferidos, quando for proferida contra a Fazenda Pública, por exemplo, deveria ser eficaz apenas a partir do ano seguinte à sua prolação, assim se evitaria a alegação da “reserva do possível”,<sup>18</sup> superando-se também o óbice dos precatórios.

Por fim, em virtude dos avanços tecnológicos da informação e da globalização social e econômica, torna-se necessário para a afirmação das garantias trazidas pelo Estado Democrático de Direito, um canal procedimental cuja recepção seja rápida e devidamente adequada aos interesses individuais e coletivos.

Como é o caso do sistema procedimental informatizado que apesar de trazer importantes vantagens para as partes, a sua utilização no dia a dia do foro é realizada em legislação processual que não acompanhou as novidades da tecnologia, o que acaba impedindo a agilidade almejada.

---

<sup>17</sup> Pela aplicação do Princípio da Subsidiariedade o Estado só poderá intervir nos destinos da sociedade quando insuficiente a iniciativa privada, a qual pressupõe uma ampla liberdade de ação de cada cidadão na criação de seus direitos, como também na sua efetivação. (PENNA, 2011, p. 201)

<sup>18</sup> A concepção de reserva do possível diz respeito a necessidade de prévia dotação orçamentária (lei) para o cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. (PENNA, 2011, p. 294)



## 5 IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA

Neste capítulo se procurará demonstrar a implementação de políticas públicas na jurisprudência de vários tribunais, especialmente do STF e do STJ. Com isso, busca-se demonstrar a efetivação de políticas públicas em casos concretos, quando ocorreu inércia por parte do Executivo, e foi necessário o ingresso de determinadas ações para exigir da Administração a realização dos direitos prestacionais estabelecidos na Constituição da República.

Serão expostas também jurisprudências que comprovam a possibilidade de apreciação pelo Judiciário de questões que abrangem as políticas públicas, mesmo quando invocados os conhecidos argumentos da Separação de Poderes, da necessidade de previsão orçamentária (Reversa do Possível) e do controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário.

### 5.1 As Políticas Públicas e o STF

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a implementação judicial de políticas públicas foi apreciada em diversas ocasiões. Em relação ao provimento judicial de implementação de políticas públicas não violar o princípio da separação dos poderes, observe-se o disposto no julgado do AI 750768 AgR/BA (Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 25/10/2011):

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

Nos autos do ARE 639337 AgR/SP (Julgamento: 23/08/2011), o Ministro Celso de Mello, tratando de caso em que se discutia o direito de criança de cinco anos frequentar creche e pré-escola, assevera com absoluta propriedade que:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...] - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.  
(grifou-se)

Então, na jurisprudência apresentada, o Min. Celso de Mello confirma a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas governamentais previstas no texto constitucional, quando provocados pela omissão estatal no intuito de neutralizar os efeitos lesivos e perversos provocados pela inércia do Poder Público.

De lavra da Ministra Ellen Gracie e referente à política de segurança pública, o Supremo Tribunal Federal, através de sua Segunda Turma, enfrentou a seguinte questão sobre a ingerência na discricionariedade do ato administrativo e proferiu o seguinte julgado no RE 559646 AgR/PR, 07/06/2011:

1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.
2. É possível ao Poder Judiciário

determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.  
(grifos acrescentados)

Percebe-se com isso que é pacífico nos tribunais a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas, quando este for inadimplente. Fica claro nessa jurisprudência que nesses casos não há interferência no poder discricionário da Administração Pública.

Quanto ao direito do cidadão receber os medicamentos necessários ao restabelecimento de sua saúde, a Primeira Turma do STF, em voto de relatoria do Ministro Luiz Fux nos autos do RE 607381 AgR/SC (31/05/2011):

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

Quanto à alegação, sempre recorrente, de que as normas constitucionais que preveem políticas públicas são de natureza meramente programáticas e, portanto, não sindicáveis perante o Judiciário, o STF julgou o seguinte recurso extraordinário:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos

[artigo 129, I e III, da CF/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 367432 AgR/PR; Min. EROS GRAU; Julgamento: 20/04/2010; Segunda Turma). (grifos nossos)

Mais uma vez se vê na jurisprudência transcrita a possibilidade do Judiciário atuar no âmbito das políticas públicas mesmo estas sendo de conteúdo programático. O Supremo Tribunal Federal, fixa esse entendimento em virtude da busca da proteção dos direitos individuais e coletivos presentes no texto constitucional.

Quanto à questão da "reserva do possível" mencionada dos capítulos anteriores, o STF também já se pronunciou em diversas ocasiões. Como no já citado ARE 639337 AgR/SP (Julgamento: 23/08/2011), o Ministro Celso de Mello sustenta a seguinte linha argumentativa:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo

existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (grifos acrescidos)

Como consta na jurisprudência reproduzida acima, o Estado não pode se utilizar do argumento de “reserva do possível”. Isso porque, a Constituição Federal tem por base a proteção da dignidade da pessoa humana, havendo a garantia constitucional do mínimo existencial<sup>19</sup>.

Não admite-se, portanto, que o Poder Público invoque tal argumento para frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas. Essa jurisprudência ainda traz o Princípio da Proibição de Retrocesso, o qual impede em termos de direitos prestacionais, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

---

<sup>19</sup> Mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Disponível em: <[http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46)>. Data de acesso: 16 de março de 2013.

## 5.2 As Políticas Públicas e o STJ

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência também apresenta vasta casuística de intervenção judicial em matéria de políticas públicas, muitas das quais veiculadas através dos órgãos do Ministério Público.

Quanto à possibilidade do Poder Judiciário decidir se é obrigatória ou não a implementação de políticas públicas, superando a suposta discricionariedade administrativa, confira-se a decisão tomada pela Ministra Eliana Calmon, no âmbito do Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/169619-5):

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso Especial provido.

No corpo do voto, a Ministra Relatora consignou:

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo do Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito. No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente. Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza. As transformações no modo de atuar do Estado alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e a sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, 'o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas independentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna'. O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento

de vínculos torna impossível a previsão em normas legais de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas. Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa. Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do Ministério Público e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA. Consequentemente, tenha-se presente que o pleiteado pelo Ministério Público não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adremente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil. O descumprimento à Resolução 4/97 foi apurado pelo Ministério Público, via inquérito civil, no qual ficou concluída a insuficiência no atendimento às crianças e adolescentes com problemas de uso de drogas. Diante da omissão governamental pleiteou: a) inserção em plano plurianual e na lei orçamentária anual, com destinação privilegiada de recursos públicos para o programa; b) observância da Resolução 4/97 e das Constituições, Federal e Estadual, e da Lei Orgânica do Município; e c) inclusão no orçamento de previsão de recursos à implementação do programa de atendimento aos viciados, nos termos do projeto. Consequentemente, até aqui, conclui-se que não se pode alegar ilegitimidade do Ministério Público ou inserção do Judiciário na esfera administrativa, como tradicionalmente acontecia. (...) A posição do TJ/SP deixa a roboque o Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitorais e populares ou pela necessidade da sociedade local? O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente. Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluída no próximo orçamento municipal verba própria e suficiente para atender ao programa.  
(grifou-se)

Ao ver da Min. Relatora, Eliana Calmon, é plenamente possível que o Judiciário analise o mérito administrativo do ato, ou seja, ela admite a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar na discricionariedade do Administrador Público. Isso quando houver omissão governamental, como foi o caso em tela, no qual o Ministério Público gozando de sua atribuição de zelar pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição Federal propôs ação cujo pedido foi a implementação de um programa de atendimento às crianças e adolescentes com problemas de uso de drogas.

Esse acórdão confirma o que foi dito no decorrer do presente estudo, caracterizando a mudança de pensamento dos juristas que ocorreu desde que o modelo do Estado liberal, implantado na Era Vargas, deu lugar ao atual Estado social e democrático de direito.

Por fim, destaca-se uma decisão interessante e bastante próxima da realidade atual que foi tomada pelo Des. Manoel Soares Monteiro do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba nos autos do Agravo de Instrumento n. 022.2007.000792-1/001, oriundo da Comarca de São José de Piranhas. Nele, o Ministério Público propôs Ação Civil Pública em face do Município com o objetivo de reativar uma creche que se encontra desativada desde o ano de 2000.

Em liminar, o *Parquet* requereu “a imediata celebração de convênios com entidades assistenciais e particulares de ensino para esta prestação de serviço emergencial, até que se construa ou estabeleça suas próprias unidades para este atendimento”. Apreciando o pedido, o magistrado de primeiro grau entendeu por bem indeferir a liminar. Contra esta decisão foi interposto o aludido agravo de instrumento.

Em sua fundamentação, o Desembargador consignou o seguinte:

O serviço de ensino fundamental e infantil, no sistema de repartição das competências entre os entes federativos, é incumbência constitucionalmente atribuída ao Município pelos art. 30, inciso VI (“Compete aos Municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental”) e 211, § 2º (Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”).

Em contrapartida a este dever do poder público, a Carta Constitucional atribui ao cidadão do direito à educação especificamente em seu art. 205 (“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da



peessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”), acrescentando, no art. 208, que:

**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

*I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;*

(...)

**IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;**

(...)

**§ 1º** - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

(grifei)

Sobre a aludida norma fundamental, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou peremptoriamente a respeito da impossibilidade de o Poder Público invocar critérios de ordem administrativa para se furtar ao cumprimento do direito público subjetivo. Nesse sentido, as transcritas decisões:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental (RE 436.996 - AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, DJ de 3-2-06).

**CRECHE E PRÉ-ESCOLA — OBRIGAÇÃO DO ESTADO.** Cumpre ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional n. 53/2006 (RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 3-8-07).

**CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA.** I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido (RE - AgR 463210/SP; Relator: Min. Carlos Velloso; 06/12/2005; Órgão: 2ª Turma).

Aliás, como bem salientou o Ministério Público em seu bem fundamentado parecer de fl. 72/80, a mesma garantia fundamental encontra-se prevista na Lei n.º 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, conforme se vê dos dispositivos a seguir transcritos:

**Art. 4º** O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

**IV** - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

**Art. 11.** Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

**V** - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Assim, presente está o requisito da plausibilidade do direito invocado – *fumus boni iuris* –, uma vez que o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos é direito público subjetivo e competência expressamente atribuída pelo constituinte à municipalidade, não podendo esta se furtar a prestá-lo.

Por outro lado, quanto à possibilidade de vir a parte sofrer um prejuízo grave e de difícil reparação – *periculum in mora* –, ele é evidente. Ora, a demora de o poder público oferecer serviço educacional de atendimento em creche e pré-escola prejudica diuturnamente aquelas crianças que poderiam dele estar se beneficiando, subtraindo destes um direito cuja reparação não se mostra possível em termos monetários.

Sobre a relevância do pleito ministerial, o Município agravado manifestou-se pela completa concordância com as reivindicações objeto da ação civil pública, inclusive asseverando que naquela cidade não havia outra creche que pudesse atender as crianças que necessitam de atendimento educacional. Da leitura do documento de fl. 53/56, percebe-se que a única razão aduzida pelo município para a não-prestação do serviço público é a falta de recursos financeiros.

Nesse passo, além do fundamento das decisões do Pretório Excelso acima aludidas, anote-se que a edilidade não pode alegar que deixou de cumprir os deveres a ela constitucionalmente atribuídos em virtude de ausência de recursos financeiros, quando, com a instituição do Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB (EC n.º 53/06), os municípios passaram a receber recursos financeiros em proporção ao número de alunos matriculados nas instituições de ensino infantil (art. 60, § 4º, ADCT).

Portanto, a meu sentir, fazem-se presentes os pressupostos processuais para a concessão da pretensão liminar pleiteada na ação civil pública, devendo o Município de São José de Piranhas organizar-se e celebrar convênios com as entidades assistenciais ou particulares para o atendimento das crianças de zero a seis anos.

(grifos no original)

Como se pôde perceber, é pacífica nos tribunais superiores a possibilidade do Judiciário apreciar questões na esfera das Políticas Públicas. Nota-se ainda que essa tendência já está inserida também nos tribunais estaduais. Como aconteceu no caso citado acima, ocorrido no Tribunal de Justiça da Paraíba. No qual o Des.

Manoel Soares Monteiro, em sua decisão elucidou pontos cruciais estudados até então.

Nesse acórdão, o Desembargador afirmou que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, pois, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola é uma garantia constitucional, sob pena de configurar-se, caso não efetivada, omissão governamental. Sendo esta apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Logo, resta demonstrado que a judicialização das políticas públicas é uma questão relativamente nova e que em virtude das mudanças ocorridas na modernidade é necessário dar-se uma maior atenção a esse assunto, uma vez que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente tem por finalidade assegurar os direitos da pessoa humana e o Estado, por ter caráter social, tem por obrigação proteger e efetivar esses direitos constitucionais.

## 6 CONCLUSÃO

Essa pesquisa teve como objetivo principal analisar se existe ou não a possibilidade do Poder Judiciário adentrar na esfera das políticas públicas, determinando sua implementação em casos concretos quando houver inércia do Poder Público.

É cediço que a Constituição contém em seu corpo um catálogo de direitos prestacionais que somente encontram efetiva implementação através de ações levadas a cabo pelo Estado (Poderes Executivo e Legislativo), denominadas genericamente de políticas públicas.

Para se chegar as conclusões apresentadas a seguir foi necessário estabelecer diversos conceitos de suma importância, tais como o conceito de ato administrativo discricionário, de reserva do possível, de mínimo existencial, entre outros.

Assim, pôde-se constatar que é pacífico nos tribunais superiores a possibilidade de análise, por parte do Judiciário, de políticas públicas quando estas não forem inteiramente executadas de maneira eficiente ou até mesmo quando estas não estiverem sido colocadas em prática mesmo sendo previstas no Texto Fundamental.

Com isso, chegou-se a conclusão de que os argumentos utilizados para a não aceitação do ingresso do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas, não são válidos. Entre esses argumentos tem-se o sempre invocado Princípio da Separação de Poderes e como se deixou claro neste trabalho, a análise feita pelo Judiciário não implica em ingerência nos poderes do Estado.

Isso porque, quando se pleiteia judicial ou extrajudicialmente a implementação de uma política pública não se está invadindo os limites das atribuições do Executivo (a discricionariedade do ato administrativo), mas, sim, pleiteando-se providências concretas na efetivação de um direito fundamental do cidadão.

Caberá à dialética processual (ou extraprocessual, em caso de atuação preventiva do Ministério Público) a obtenção de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, que permitirão extrair quais as políticas públicas a serem controladas e implementadas, sem o comprometimento da própria coletividade.

Logo, superado a discussão em tela, em seguida, foram apresentados instrumentos utilizados pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público aptos a exigir a implementação das políticas governamentais asseguradas constitucionalmente. Na esfera extrajudicial citou-se como instrumentos o Termo de Ajustamento de Conduta e o Inquérito Civil Público. Já na esfera judicial enfatizou-se determinados instrumentos por estes terem mais impactos que outros, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Importante mencionar que não se pretendeu com esse estudo substituir a discricionariedade inerente ao Poder Executivo, pretendeu-se unicamente solidificar de uma vez por todas o entendimento de que é perfeitamente possível que o Judiciário no gozo de suas atribuições aprecie um processo que diz respeito a políticas públicas, desde que haja sempre a inércia da Administração de cumprir com o que é lhe imposto pelo Texto Maior.

Ressalte-se, a observação feita nesta monografia de questões excepcionais nas quais o Judiciário pode se imiscuir no mérito administrativo mesmo sem haver inércia por parte do Poder Público, isso acontece quando há ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade ou teratologia.

Pois bem, pacífico está o entendimento que autoriza o Poder Judiciário e o Ministério Público a adentrar no campo das políticas públicas e com isso fazer valer os direitos estampados na Constituição Federal. Portanto, a repercussão desse estudo está no fato de que não se deve mais prevalecer a visão extremamente tradicionalista de que as políticas públicas estão a mercê da arbitrariedade do Poder Executivo, no qual só serão efetivadas dentro de uma agenda e na medida da disponibilidade financeira do órgão.

Isso como foi demonstrado não mais condiz com a atual realidade do Estado Democrático de Direito, sendo as políticas públicas direito subjetivo dos cidadãos e, portanto, passível de demanda perante o Judiciário quando estas não forem cumpridas.

Nesse diapasão, é necessário que haja uma melhora no procedimentalismo brasileiro, além da necessidade de se promover uma valorização do processo judicial das instâncias mais básicas do Judiciário, para que elas busquem, a concretização da ampla defesa, contraditório, juiz natural, isonomia e o duplo grau, ou seja, necessita-se de uma maior atenção ao devido processo legal.

Pois, de nada adianta clamar pela abertura do canal judicial para efetivação de direitos prestacionais, se a estrutura procedimental de concretização desses direitos é permeada por concepções ultrapassadas e contrárias ao Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, é fundamental que se volte a estudar uma teoria procedimental que se compatibilize com a garantia do devido processo legal e que mantenha tanto direitos individuais como coletivos.

É imprescindível ainda, a elaboração de mecanismos procedimentais aptos a alcançarem as demandas da sociedade, pois, a partir do conhecimento pelo cidadão da existência de tais direitos haverá cada vez mais o aumento da busca pela afirmação desses direitos por parte da coletividade.

Finalmente, cumpre ressaltar, que esta monografia não tem por finalidade dirimir o problema de controle e implementação das políticas públicas, buscou-se unicamente contribuir para a reflexão desse tema, além de mostrar o que se passa na área concernente as políticas públicas na atualidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo brasileiro**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0473.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm)>. Data de acesso: 16 de março de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas**. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO, Matheus. **Direito administrativo**. 2ª edição. Recife: CERS, 2012.

CONTROLE concentrado: legalidade de leis ou atos normativos é questionada em 1.040 ações no STF. STF, Brasília, 12 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108009>>. Data de acesso: 16 de março de 2013.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª edição. São Paulo, Atlas, 2007.

FARIA, Cesar Heitor Rodrigues de. **O que é uma decisão teratológica? Em busca de um conceito a partir das Súmulas do TJRJ.** Blog do advogado Cesar Heitor, [Teresópolis], 15 de maio de 2011. Disponível em: <<http://cesarheitor.blogspot.com.br/2011/05/decisao-teratologica-em-busca-de-um.html>>. Data de acesso: 15 de março de 2013.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **O ministério público e a tutela dos direitos sociais.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1492](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1492)>. Data de acesso: 01 de março de 2013.

GUIMARÃES, Renata Catacci. **Controle judicial de políticas públicas e a atuação do Ministério Público para efetivação dos Direitos Fundamentais.** Clickartigos, [S. l.], 04 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.clickartigos.com.br/direito/doutrina/control-judicial-de-politicas-publicas-e-a-atuacao-do-ministerio-publico-para-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais.html>>. Data de acesso: 01 de março de 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional esquematizado.** 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional esquematizado**, 2008. *In*: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário.** Brasília: Senado Federal, 2003.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. **O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde.** Portal do CFM, [S. l.], 02 de Dezembro de 2011. Disponível em: <[http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46)>. Data de acesso: 16 de março de 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

PAULO, Vicente; ALEXANTRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANTRINO, Marcelo. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.