

O abuso de poder judiciário e o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil contemporâneo

Pedro Thomé de Arruda Neto

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 4ª Promotoria de Justiça Especial Criminal e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de Sobradinho. Mestre em Ciências pela FEARP-USP.

Resumo: O presente artigo investiga o controle jurisdicional incidente sobre as políticas públicas de saúde, educação e segurança pública, sob a ótica da teoria jurídica do poder. Propõe-se a averiguar se, no estado atual da ciência jurídica, é viável um controle dessa natureza e se, quando o Poder Judiciário assim atua, incorre necessariamente em abuso de poder judiciário, seja na modalidade do excesso, seja na modalidade do desvio. Conclui que, ao exercer o Poder Judiciário o controle sobre o Estado-Administração, funciona como garante da força normativa da Constituição Cidadã e, em assim sendo, está no estrito cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais, não havendo que se falar em abuso de poder judiciário.

Palavras-chave: Desvio de poder. Reservas administrativas. Políticas públicas. Estrito cumprimento do dever legal.

Abstract: The present article examines the judicial control assessed on public policies, through the lenses of the legal theory of state power. It proposes the debate over the possibility of occurring, in the Brazilian Constitutional System, a judicial control concerning public policies (health, education, public security, mainly). Also focuses on the issue brought by this type of control whenever it becomes abusive, whether by deviating of its legal purpose, whether by exceeding the legal purpose of the constitutional control. Shows that whenever the Brazilian Judicial System acts a control system it does it to assure and guard the normative force of its important Constitution of 1988. Therefore, the judicial system, guardian of the constitutional law, whenever exercises forms of

control over public policies, functions strictly in patent unconstitutional situations and consequently works within the narrow path of always observing the law.

Keywords: Power deviation. Administrative reserves. Public policies. Strict surveillance of the law.

Um dos temas de maior atualidade¹ no Direito pátrio envolve a discussão das políticas públicas e sua judicialização. Na prática, estamos falando da propositura de ações que visam à garantia de leitos de UTI, assistência terapêutica, prestação de serviços de saúde, vagas escolares no ensino fundamental e médio, implantação do ensino infantil e da educação profissional para os trabalhadores, gestão democrática da cidade, proteção ao consumidor e outros direitos sociais e transindividuais.

Muitos enxergam nesse tipo de atuação judicial, mesmo que provocada e preenchedora dos requisitos processuais atinentes à espécie (condições da ação e pressupostos processuais), a emergência de uma “ditadura” do Poder Judiciário, o qual chamaria para si questões que não lhe são diretamente afetas e estariam acobertadas pelas chamadas “reservas legislativas” ou “reservas administrativas”, ou seja, só poderiam ser exercitadas pelos demais poderes constituídos.

As discussões jurídicas acerca dessa atuação são complexas e envolvem debates sobre a própria formatação do Estado brasileiro contemporâneo, exemplo da leitura que se faz, nos tempos atuais, da “cláusula da separação dos poderes”, que recebeu impulso teórico e pragmático com a publicação da obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis (De L'Esprit des Lois)* (1979). Essa obra que apregoava a instituição de uma tripartição de poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) e o exercício regular do *checks*

1 A atualidade da discussão não é apenas jurídica e permeia o próprio mundo dos fatos através dos chamados movimentos sociais. Alguns deles, ademais, recentíssimos (2013) e que “foram às ruas” exigir do Estado-Administração políticas públicas adequadas nas áreas da educação, saúde, segurança pública, representatividade social nas decisões estatais, mobilidade urbana e equidade (estas últimas, políticas públicas ligadas a segmentos específicos como minorias e grupos sociais vulneráveis).

and balances na relação interpoderes, ambos como mecanismos para se evitar a indesejável *concentração de poderes*, a ditadura. Afinal, para o grande pensador francês, “tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers” (apud DANIEL, 1982).

Outras questões afetas à judicialização das políticas públicas envolvem as suas dimensões substancialista (institutos como o do nível de eficácia das normas constitucionais, do mérito administrativo, da equidade, do mínimo existencial, da proibição do retrocesso social, da cláusula da reserva do possível, da implementação das políticas públicas e do pouco compreendido ativismo judicial; este último debate mais afeto à sociologia jurídica) e procedimentalista (que, em breve síntese, se preocupa com o *decisum* judicial no plano de sua efetividade temporal, elidindo o *periculum in mora*, e coercitiva, de molde a induzir o administrador público – ou delegado do Poder Público – ao seu cumprimento).

Neste artigo, não temos a pretensão de enfrentar todas estas questões, até porque impossível fazê-lo nesta sede. Queremos apenas abordar o tema sob um *novo viés*: o do *abuso* ou *desvio de poder*.

A *teoria jurídica do poder* tem suas origens no Direito Administrativo francês, que inaugurou a chamada doutrina do desvio de poder (*Détournement de Pouvoir*) e tem forte base jurisprudencial oriunda do órgão de cúpula da justiça administrativa, e no Conselho de Estado francês (*Conseil D’État*), em especial os precedentes conhecidos como casos *Vernes* e *Lesbats*. Este último importou a anulação de “ato regulamentar” de natureza restritiva praticado pela prefeitura de Fontainebleau e inquinado do vício do “desvio de finalidade” para beneficiar um número restrito de pessoas quanto ao uso de área pública como estacionamento particular.

Desde então, o sistema jurídico prescreve um tratamento específico para o tema, que permite *invalidar* (*anular ou revogar*) “condutas” que, por satisfazerem finalidades alheias à natureza do ato

utilizado, acabam por exceder (*abuso de poder*) ou se desviar (desvio de poder) da *finalidade* pretendida pela função que foi atribuída em abstrato à autoridade, mesmo que esta detivesse *competência* expressa para o seu exercício.

Perceba-se, antes de tudo, que os atos praticados com desvio de finalidade são inquinados de *nulidade* e restam maculados por violações relativas à própria *finalidade* do ato (*ou da política pública*) e não por violações à regra definidora da *competência* da autoridade que pratica o ato (*ou ordena a execução da política pública*).

Dentro deste panorama, temos que, no Brasil, a consequência jurídica para a prática de atos com desvio de poder (ou, em outras palavras, desvio de finalidade) é a *nulidade*, conforme preconiza o art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei n. 4.171, de 29 de junho de 1965 (*Lei da Ação Popular*), que estrutura a questão da seguinte forma:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

e) desvio de finalidade

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguinte normas:

[...]

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Em termos mais amplos, estamos falando que juridicamente existe a possibilidade de se configurar as mais diversas hipóteses de nulidade por desvio de poder em atos contextualizados pelos Poderes constituídos, não se reservando a nulidade apenas aos atos exteriorizados pelo Poder Executivo, que é aquele a quem precipuamente, no desempenho de sua função típica, cabe a *execução da lei* e que, por isso mesmo, recebe atenção mais explícita no que se refere às questões ligadas ao desvio de poder nas políticas públicas.

É se falar na configuração dos *excessos de poder legiferante*, de *poder administrativo*, ou ainda, de *poder judiciário*, desde que haja uma violação (abuso ou desvio) à fidelidade das responsabilidades públicas atribuídas aos Poderes pelo sistema constitucional. *Celso Antônio Bandeira de Mello* (2010, p. 138) assim se pronuncia sobre o assunto, sob a ótica do desvio de poder:

Vê-se, pois, que o desvio de poder é vício que pode afetar comportamento oriundo das funções típicas de quaisquer dos Poderes, já que no Estado de Direito as competências públicas não são da propriedade dos seus titulares, mas simples situações subjetivas ativas, compostas em vista da satisfação dos fins previstos nas normas superiores que lhes presidem a instituição. O descompasso teleológico entre as finalidades da regra de competência – qualquer que seja ela – e as finalidades do comportamento expedido a título de cumpri-la macula a conduta do agente, viciando-a com o desvio de poder.

Por oportuno, na jurisprudência dos Tribunais Superiores há importante precedente no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu haver “atividade legislativa” exercida com “desvio de poder”, incorrendo o legislador (distrital) em inconstitucionalidade por “desvio de poder legiferante” quando da edição de uma lei no Distrito Federal (DF), *Lei n. 2.912/2002*, que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão de curso e fornecimento de currículo escolar para alunos da terceira série do Ensino Médio que fossem aprovados em vestibulares para ingresso em curso de nível superior (decisão do *Tribunal Pleno na ADIN n. 2.667-4/DF*, rel. *min. Celso de Mello*), mesmo sem conclusão de etapa final da educação básica e de natureza obrigatória, violando a política pública do Ensino Médio prevista na Constituição Federal e na legislação em vigor (*arts. 4º, inciso II; 10 e 35 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB*).

Dentro desse panorama, retomemos a reflexão proposta no título deste artigo, qual seja: estaria o Poder Judiciário brasileiro, em seu momento atual, praticando atos (decisões judiciais) de modo a ferir a *teoria jurídica do poder*, configurando-se como “atos jurisdicionais nulos”? Ou estaria, isto sim, no estrito cumpri-

mento de seu dever constitucional, sem que se pudesse a ele atribuir excesso ou desvio de finalidade em sua atuação na seara das políticas públicas?

Em primeiro lugar, é preciso levar em consideração que as políticas públicas no Direito pátrio têm fundamento no direito objetivo, ou seja, na própria lei, sobretudo nas normas de *status* constitucional, que fornecem a “moldura” da qual emanam todos os direitos e garantias da população consideradas fundamentais, dentro de uma concepção de Constituição-Quadro. Vide exemplo do *art. 182* e seus parágrafos, da *Lex Mater*, o qual trata expressamente da *política urbana*.

Assim sendo, o direito das políticas públicas não se assenta na “criação judicial”² ou em um “ato voluntarioso ministerial”³. Se assim fosse, demonstrado eventual dolo, restaria configurado o excesso, o transbordamento do uso do poder legiferante, que *ab initio* não lhes caberia exercer, uma vez que refugiria à competência constitucional confiada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, em especial no campo do controle de constitucionalidade

2 Enquanto a criação pura e simples é vedada, a “criatividade judicial” e “criatividade ministerial” são aceitas no contexto do novel direito das políticas públicas. Entrementes ela só poderá ocorrer nos moldes da juridicidade, dentro de uma visão sistêmica. Contrariado o Direito como sistema, de forma antijurídica, nos moldes apregoados por Schmidt-Assman (2003, p. 122), por exemplo, estaremos claramente diante do “excesso de poder judiciário”.

3 Veja-se o exemplo da política pública de “gestão democrática da educação”, que, além de prevista no *art. 106* da *Lex Mater*, está prescrita no *art. 53*, incisos II e III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que atribui aos filhos o papel de protagonistas do seu processo educacional uma vez que podem a todo tempo questionar os métodos pedagógicos empregados por seus pais e educadores; e no *art. 3º*, inciso VIII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), que estabelece a gestão democrática como o tipo adotado na educação brasileira. Este modelo, por sua vez, resulta da autonomia e da participação previstas nos artigos 14 e 15 da LDB. Também, vale registrar, que o referido “modelo de gestão” educacional é um dos objetivos fundamentais do Plano Nacional da Educação. Este sistema é que garante, no plano legal e em linhas gerais, a democracia da educação no Brasil.

(omissiva, via de regra), que é o de que em essência cuida o controle judicial das políticas públicas.

Historicamente, no Direito Constitucional pátrio, temos que as *Constituições de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 97*, respectivamente, previam expressamente a exclusão dos “atos de governo” da apreciação do Poder Judiciário, nos seguintes termos: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Entrementes, o mesmo não ocorre a partir da *Constituição de 1946*, quando passou a vigorar o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito* (art. 5º, inciso XXXV, da CF), denotando a evolução do legislador constituinte em compreender que até mesmo os “atos de governo” são judicialmente sindicáveis.

E mais, se mesmo os “atos de governo” (exemplo: declaração de guerra pela União – *art. 21, inciso II, da CF*) podem acarretar lesão a direitos (exemplo: violação do *due process of law formal-constitucional*, por não ter ocorrido a autorização oriunda do Congresso Nacional – art. 49, inciso II, da CF, ou ainda, sem se facultar ao Conselho de Defesa Nacional a possibilidade de opinar sobre a declaração de uma guerra – art. 91, § 1º, inciso II, da CF), outra conclusão não há que a ampla e irrestrita possibilidade de sua impugnação pela via judicial, ou seja, da possibilidade de haver a ocorrência do controle jurisdicional das políticas públicas, mesmo aquelas revestidas de caráter de “atos de governo”, isto é, “exclusivamente políticas”.

É a Lei Maior que de forma expressa trata dos direitos fundamentais, tais como educacionais, *trabalhistas*⁴, de saúde, ambien-

4 Políticas públicas de combate ao trabalho escravo e infantil, de educação para o trabalho, de combate às cooperativas de trabalho fraudulentas, de combate à precarização da relação de trabalho, de proteção ao meio ambiente do trabalho, entre tantas outras. Para aprofundamento sobre o tema das políticas públicas trabalhistas, em especial a da educação para o trabalho, consulte-se profícua dissertação de mestrado, disponível na biblioteca digital de teses da Universidade de São Paulo (USP): <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-07012013-104428/pt-br.php>>.

tais, urbanísticos de assistência social, de moradia⁵ e outros, sendo certo que, quando o Estado-Administração queda-se inerte ou se mostra ineficiente por insuficiência, leniência ou por uma atuação simplesmente retardatária, cabe ao Poder Judiciário, devidamente provocado pela via individual ou coletiva, atuar por meio de sua regular função de controle da Administração Pública e determinar, *in limine* ou ao longo do transcurso processual, a implementação, adequação, correção ou complementação das políticas públicas esquadras no estatuto constitucional.

É claro que a atuação judicial em políticas públicas deve ocorrer em casos excepcionais, devidamente parametrados pela jurisprudência, que, a fim de resguardar a plausibilidade *in concreto* dos pleitos deduzidos em juízo, somente deve dar guarida às pretensões relativas àqueles direitos que fossem devidamente demonstrados pelos meios probatórios disponíveis e adequadamente embasados dentro do processo. Assim, esvaziar-se-iam de sentido alegações *in abstracto* da ocorrência de *détournement du pouvoir judicial*, quando da edição de decisão, *antecipatória ou final, de mérito e acolhedora do pedido deduzido em juízo pela parte requerente.*

Apresente-se, a título ilustrativo, um recorte da questão: as políticas públicas de *assistência farmacêutica*, dentro do contexto da assistência terapêutica integral propugnada pela Constituição Federal e pela legislação do Sistema Único de Saúde (SUS) – *Lei n. 8.080/1990*, art. 6º, I, *d*. A respeito dos pedidos deduzidos em juízo em relação às listagens governamentais de medicamentos (e tratamentos), há que se separar algumas situações específicas e suas respectivas exigências probatórias para as partes pleiteantes, não sendo razoável, dentro da ótica da teoria jurídica do poder, admitir a irrestrita tutela dos pleitos, sem a produção de uma prova mínima a amparar de elementos concretos a pretensão deduzida em juízo⁶.

5 O direito à moradia foi introduzido no art. 6º da Carta Magna pela Emenda à Constituição n. 26, de 14 de fevereiro de 2000.

6 Antes de mais nada, deve-se perceber que são regras gerais probatórias relativas ao direito das políticas públicas:

Esclareça-se, por oportuno, que as listas governamentais de medicamentos são duas:

- I. RENAME – lista de medicamentos essenciais, e
- II. lista de medicamentos excepcionais.

Essas listas possuem enumeração do tipo *numerus clausus*, o que gera como consequência probatória, segundo a jurisprudência pátria pesquisada neste artigo, três situações básicas para as partes que as pleiteiam individualmente em juízo, nos seguintes termos:

- I. O medicamento “x” (ou tratamento “x”) consta das listas do SUS e não é fornecido. Nesse caso, não haveria maiores discussões probatórias, apontando-se para a possibilidade de uma tutela jurisdicional positiva;
- II. O medicamento “x” (ou tratamento “x”) consta das listas governamentais, mas não é adequado para o tratamento do paciente, o que deve ser demonstrado *in concreto*, por meio de laudos médicos; e
- III. O medicamento “x” (ou tratamento “x”) não está amparado nas listas administrativas. *In casu*, a parte deve fazer prova de que o medicamento é indispensável para a garantia do seu direito à saúde e à vida e que os ali constantes, se for o caso, não agregam soluções ou melhor prognóstico para o seu tratamento específico.

Em todos esses casos, temos que, para se garantir o *núcleo duro* do direito à saúde, o Estado brasileiro deve garantir a formulação e a implementação de políticas públicas sanitárias, sejam elas *curativas ou preventivas*, e prestar adequadamente os serviços públicos de saúde, não se admitindo comportamentos lenientes, ilegais, ilegítimos ou, sim-

-
- I. a da inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do *Código de Defesa do Consumidor*), em aplicação analógica, e
 - II. a da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333 do *Código de Processo Civil* (CPC) para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.

plesmente, omissivos. Afinal, mesmo que afetadas pela necessidade de se incorrer em custos – conforme ressalta a chamada Teoria dos Custos dos Direitos, até mesmo no que se refere aos direitos de primeira geração – as políticas públicas sanitárias constituem, em nosso sistema, verdadeiro *direito público subjetivo*, autorizando-se a tutela individual (e coletiva) de dispensação de medicamentos necessários à tutela da saúde e da vida, individual e coletivamente consideradas.

Por outro lado, mesmo que, se considerada *in abstracto*, este tipo de ação seja merecedora de uma tutela jurisdicional acolhedora da *pretensão* inicial posta em juízo, como entendemos ser o caso, é preciso que a parte se desvencilhe de produzir determinadas provas, dando assim viabilidade aos pleitos (mediatos e imediatos) abstratamente deduzidos na ação individual respectiva e permitindo ao julgador avaliar a justiça do caso *in concreto*, não se incorrendo, na espécie, em qualquer *desvio de sua finalidade* de julgar e distribuir a justiça segundo os ditames constitucionais e de legalidade e dentro de um processo contraditório e com as garantias decorrentes da cláusula da ampla defesa (enfim, o *due process of law*). A questão, nestes termos, é eminentemente probatória (e, portanto, processual e instrumental) e de observância da finalidade precípua da jurisdição, que é a de “dizer o Direito” mediante o “acesso à justiça” destinado, em última análise, à realização da sua “dimensão material”.

Outrossim, os estudos de *Direito Comparado* reforçam a ideia da viabilidade de uma tutela jurisdicional de políticas públicas no Brasil, desde que adaptada à nossa realidade, como sói ser.

De fato, o chamado “*direito das políticas públicas*” não é peculiaridade do Direito pátrio. Ao contrário, é sempre oportuno lembrar que, guardadas as especificidades de cada sistema legal, o controle jurisdicional de políticas públicas é admitido em diversos regimes jurídicos mundo afora (Alemanha, Estados Unidos, França, Portugal etc). Senão, vejamos algumas hipóteses:

I. No Direito alemão não se admite a insindicabilidade das decisões dos poderes Executivo e Legislativo (*Nichtjustitiabilität*). O Poder

Judiciário, de há muito, se utiliza do postulado da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, em especial quando referente a atos restritivos de direitos (ÁVILA, 2011). Odete Medauar, em pesquisa de *Direito Comparado* inserta na sua obra “Controle da Administração Pública”, de 2012 (p. 221), aponta que o *Tribunal Constitucional Federal alemão* já tratou do “controle de políticas públicas educacionais” que restringiam, no início da década de 1970, o acesso de alunos a curso superior da área médica, entendendo que as imposições legislativo-regulamentares, naquelas hipóteses, foram casuísticas e apresentavam justificativas ligadas à matéria orçamentária, como limitações de despesas, configurando-se como desarrazoadas no caso *in concreto*.

II. Mais familiarizado com o instituto das políticas públicas está o Direito anglo-saxão, em especial o estadunidense, que trata as *public policy(ies)* com *sindicabilidade judicial plena*, decorrência direta de posição da doutrina publicista dos Estados Unidos da América (EUA), que enxerga as leis, por definição, como políticas públicas (BUCCI, 2006). Quer nos parecer que, por força das peculiaridades do sistema da *common law* e da visão utilitarista e pragmática norte-americana, o instituto das políticas públicas floresceu nos estudos de direito público daquele país, que é o direito das agências e em que o Poder Judiciário exercita o controle jurisdicional, com fundamento no *Federal Administrative Act* (APA), de todos os atos das agências, reguladoras ou não reguladoras, responsáveis, por excelência, naquele regime legal peculiar, pela execução das políticas públicas estadunidenses;

III. O *Direito Público francês*, por meio da doutrina de Jacqueline Morand-Deville, Michel Prieur, Yve Mény, Pierre Muller, Olivier Giraud, Danièle Bourcier e Jacques Chevallier, assimilou há tempos o instituto e trata do “controle das políticas públicas” como espécie do gênero “controle da Administração Pública”. Na França, conforme assinala a culta *Jacqueline Morrand-Deville* (2009, p. 108), o controle das políticas públicas (*politique publique*) é realizado pelo Conselho de Estado – órgão de cúpula da “justiça administrativa” daquele país – e pelo Parlamento, sendo este auxiliado, em grande medida, pela *Corte de Contas*. No Brasil, por sua vez, o controle parlamentar, exercitado

com auxílio do Tribunal de Contas (TC), em especial o incidente sobre a economicidade do Estado-Administração, tem fundamento no art. 70 da Carta Magna e é relevante hipótese (e vertente contemporânea) de controle não jurisdicional das políticas públicas;

IV. No Direito português o tema tem recebido atenção de grandes constitucionalistas, a exemplo de José Joaquim Gomes Canotilho (2007), que, questionado sobre a possibilidade da Judicialização da Política, afirma expressamente, em artigo citado *in fine*, a sua existência e necessidade de sua assimilação no processo de desneutralização judicial contemporâneo. Consigna, inclusive, que a política comunitária europeia já se encontra judicializada em temas atinentes à biosegurança, por exemplo.

De fato, grandes pensadores do *Direito brasileiro*, em estudos processuais e materiais, tratam do tema, valendo citar alguns nomes de eminentes protagonistas: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Carlos Alberto Salles, Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, Eduardo Cambi, Fábio Konder Comparato, Fauzi Choukr, Gustavo Binenbojm, José Celso de Mello Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Kazuo Watanabe, Luis Manuel Fonseca Pires, Luís Roberto Barroso, Luiza Cristina Frischeisen, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Maria Paula Dallari Bucci, Nelson Nery Júnior, Nelson Rosenvald, Odete Medauar, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Gesta Leal e Sérgio Bruno Cabral Fernandes.

O tema das políticas públicas no Direito ganha contornos interessantes no seio das discussões jurídicas pátrias mais atuais, expandindo-se do meio doutrinário e chegando à própria jurisprudência. Destaque-se nesse panorama relevante debate, ocorrido no plenário do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de incidir o *controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias*, via *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)*.

Esclareça-se, desde já, o leitor acerca da importância do tema, uma vez que, como sabemos, os direitos fundamentais, veiculados nas políticas públicas, são diretamente ligados à aplicação e realização

das receitas e despesas públicas, respectivamente. Profunda é a relação entre políticas públicas e orçamentos públicos quando os olhos se voltam para a implementação, a realização prática dos *direitos fundamentais*.

Como se vê, perfilamos o entendimento pela viabilidade desse tipo de controle de constitucionalidade, por ser essencial para a efetivação do controle em sentido *lato* e implementação das políticas públicas constitucionais e por não contrariar o sistema em vigor no Brasil.

Não se olvide, por não ser de menor importância, que este tipo de controle jurisdicional pode se dar no bojo de uma ação civil pública, proposta pelo *Parquet*, onde se pleiteia, v.g., a inclusão de rubrica orçamentária no exercício financeiro seguinte para a implementação de uma determinada política pública sanitária, educacional ou de segurança pública, até porque os orçamentos não são vinculantes, permitindo a transposição de verbas.

Retome-se aqui o tema ora proposto, sob a ótica do controle concentrado das leis orçamentárias, via ADI. Observe-se, nesse panorama, que tal discussão sobre a viabilidade ou não desse tipo de controle via ação ainda está pendente em nossa jurisprudência, uma vez que carece de decisão plenária final oriunda do *Supremo Tribunal Federal*, *posicionando a Corte, de forma definitiva*, sobre o assunto.

Nesse diapasão, é sabido que o STF tem uma posição histórica firmada na *ADI n. 203-1/DF* – criação jurisprudencial da própria Suprema Corte – pela não admissão das ADIs que questionassem leis orçamentárias (exs: LDO e LO). O entendimento da Suprema Corte é no sentido de que lei ou ato normativo, para serem alvo de *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, deveriam se revestir dos atributos da abstração, generalidade, normatividade e impessoalidade. As leis orçamentárias seriam típicas hipóteses de “leis de efeitos concretos”, ou seja, que possuiriam o *revestimento de lei*, sem, contudo, o serem em essência (COELHO ÁVILA, 2010).

Ocorre que essa posição clássica foi colocada na berlinda no julgamento, pelo *Tribunal Pleno*, de *Medida Cautelar na ADI n. 4.048/DF* – portanto, decisão não final –, ao se apreciar *questão preliminar suscitada* em caso concreto onde se havia determinado a abertura de “crédito extraordinário” a favor de órgão do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral, por meio de uma *Medida Provisória*, a de número 405/2007. Esta discussão de matéria de ordem, no plenário do STF, acabou por abrir a possibilidade para a atuação ministerial em um novo campo: o do controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos (COELHO ÁVILA, 2010, p. 76), e, portanto, da realização prática dos direitos sociais.

Registre-se que, *in casu*, a respeito da veiculação de matéria orçamentária, o STF entendeu que, formalmente, não haveria empecilhos para a Medida Provisória tratar do tema, conforme a dicção do art. 167, § 3º, da Constituição Federal (CF):

Art. 167 [...]

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

Contudo, no mérito da medida cautelar, a maioria dos ministros (6 a 5) entendeu pela inconstitucionalidade da *Medida Provisória n. 405/2007*, uma vez que não estaria configurada a “situação imprevisível” exigida *ex vi legis*, fato que tornaria inconstitucional a “abertura de crédito” no caso *sub judice*.

Esse precedente, em especial no que se refere à *questão de ordem suscitada*, de fato, abriu espaço, na jurisprudência pátria, para a viabilidade do controle constitucional abstrato das leis orçamentárias. E tal fato repercute positivamente a necessidade de o sistema de justiça pátrio implementar, por meio dos mecanismos jurídicos disponibilizados, políticas públicas dependentes que são de custeio público. Como bem observou, de forma refletida, o culto *ministro Gilmar Mendes, relator da MC – ADI n.*

4.048/DF, naquele caso o STF corrigiria um “erro histórico” da Corte Maior ao tratar do tema.

Outra vertente teórica digna de nota quando o tema é o controle jurisdicional e adequado – *não excessivo ou desviante* – das políticas públicas está na percepção de que o *Supremo Tribunal Federal* exerce, entre outras relevantes, a função qualificada de *Corte Constitucional*, ou seja, é o tribunal que tem a interpretação final em matéria constitucional no País e, nesse contexto, tem por missão garantir a obediência rigorosa aos ditames emanados do texto da Carta Magna. Funciona, assim, como um verdadeiro “guardião da Constituição” e dos direitos nela assegurados, em especial aqueles considerados de natureza fundamental.

As políticas públicas são a dimensão operacional dos direitos sociais e de fraternidade constitucionalmente previstos, na medida em que são elas as exteriorizações experimentadas pela população destinatária na prática, no dia a dia. Em realidade, as políticas públicas são a faceta visível, a exteriorização dos direitos sociais fundamentais (*Ordem Social*), que, historicamente falando, foram estatuídos de forma precursora na *Constituição Mexicana de 1917* – fruto de uma revolução – e na *Constituição de Weimar da República Alemã, de 1919* (FRISCHEISEN, 2000), ambas fontes inquestionáveis de inspiração na condução dos trabalhos do constituinte brasileiro de 1988.

Devem, portanto, ser compreendidas no contexto do “Estado em ação”, onde se entende a política pública como “veículo” do direito fundamental e, transversalmente, os direitos fundamentais como “objeto” da política pública. E, dentro desta nova concepção, a jurisprudência dos tribunais superiores já trabalha com o novel instituto, podendo-se falar, no estado atual da ciência jurídica, de um “*direito das políticas públicas*”.

O controle e a avaliação da adequação, extensão e efetiva realização das políticas públicas são permitidos ao Poder Judiciário por meio de destacada provocação do Ministério Público (conforme o art. 129 da CF, “defensor do povo” – inciso II –, “órgão de

controle da Administração Pública” – incisos III e IV), da sociedade diretamente (por meio dos instrumentos do chamado “*controle social*”, agora ampliados pela Lei de Acesso às Informações – *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*), ou até mesmo do indivíduo (quando podemos estar diante de uma *tutela individual de efeitos coletivos ou ampliados*, ou, ainda, de casos repetitivos que, reiteradamente deduzidos em juízo, acabam por induzir o administrador público à implementação da política pública).

Afinal, o Estado não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento a serviço daquilo que o contratualista *Sir John Locke* (“Segundo Tratado do Governo Civil”, de 1640) chamava de “bem público” e que o Direito Administrativo pátrio tradicionalmente prefere chamar de “bem comum”. Nesse contexto, ao determinar, por meio de uma ordem soberana (decisão judicial), a realização de políticas públicas previstas na Constituição Cidadã, está o Poder Judiciário viabilizando o Estado Democrático de Direito contemporâneo. Está garantindo o integral respeito às normas constitucionais, de modo a não se configurar a inconstitucionalidade pela via omissiva, ou, como registra a atualizada jurisprudência da Corte Suprema: equiparar o quadro normativo constitucional a um elenco de “meras promessas inconsequentes” (confirmam-se alguns recentes julgados do STF: I) RE n. 634643 AgR/RJ – Rio de Janeiro, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento 26.6.2012, Segunda Turma; II) RE n. 669955/RN, Recurso Extraordinário, rel. min. Joaquim Barbosa, Julgamento 7.8.2012; e III) AI n. 809018 AgR/SC, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Primeira Turma (25.9.2012), rel. min. Dias Toffoli).

O Estado-Juiz, nessas hipóteses, age no *estrito cumprimento de seu dever constitucional*, não se configurando na espécie qualquer desvio ou excesso de poder judiciário, uma vez que a *substitutividade da vontade do Estado-Administração pela do Estado-Juiz* é inerente à própria função jurisdicional de editar ordem-norma soberana que substitua a vontade das partes envolvidas em uma determinada contenda. Trata-se de atuação jurisdicional legítima

e, desde que delimitada *in concreto* pela razoabilidade (LUHMAN, 1980) e pelas garantias do processo judicial (*due process of law*), plenamente válida. Em outras palavras, preenchidos os requisitos relativos às condições da ação e pressupostos processuais como, por exemplo, em uma ação civil pública que pleiteia a implementação de uma determinada política pública de segurança, não há que se falar em “usurpação das funções de outros poderes”, uma vez que estamos falando do exercício regular da função jurisdicional, dentro de um processo instaurado segundo os ditames da lei e assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º da CF), atendendo-se ao postulado da transparência.

Por fim, considerando que o *art. 3º da Lex Mater* elenca os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* – “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II), “erradicar a pobreza” (inciso III), “promover o bem de todos” (inciso IV) –, que só são alcançados mediante a formulação e implementação de políticas públicas, tem-se que, no Estado Democrático de Direito, esse comando se dirige, também, aos órgãos judiciário e ministerial, que são “instrumentos em essência” do acesso e da distribuição de justiça social e representam arenas qualificadas para o controle das políticas públicas, não havendo que se falar em abuso de poder, seja na modalidade do excesso, seja na do desvio.

Ao contrário, clara é a congruência entre a missão constitucional conferida ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, protagonistas das políticas públicas no seio jurídico pátrio, e a finalidade pretendida pela lei, qual seja, o respeito ao Povo, destinatário último dos direitos sociais e de fraternidade fundamentais na República Federativa do Brasil.

Plenamente aceitável, no nosso regime jurídico, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar provimento cominatório, antecipatório – a qualquer tempo no processo – ou final para correção, complementação, adequação e implementação de políticas

públicas equivocadas, incompletas, inadequadas ou simplesmente ausentes no mundo dos fatos.

Plausível, outrossim, é a praxe da fixação de *astreintes* contra o administrador público recalcitrante que, ademais, deverá estar alerta para as eventuais consequências criminais advindas de sua conduta. Em termos práticos, recomenda-se reste consignada, de forma expressa, no mandado judicial a expressão “sob pena de configurar o crime de desobediência (art. 330, CP)”, espancando qualquer alegação de não violação do tipo subjetivo quando não for expressa a sanção criminal.

O Direito brasileiro precisa enfrentar, cada vez mais, o desafio de implementação das políticas públicas pela via judicial, seja no plano da evolução legislativa, seja no campo da hermenêutica. O Direito e a sociedade atuais, queremos crer, estão prontos para tanto, tendo em vista o inegável amadurecimento de nossas instituições e o fato de o povo não ser leniente com os comportamentos estatais que atentem contra a boa gestão da *res publica*, estes sim desviantes de suas finalidades públicas. Tratemos, portanto, da questão jurídica das políticas públicas, que é medida de urgência para que o estado democrático de direito contemporâneo cumpra a contento suas finalidades maiores, de forma constitucional, transparente e congruente com os postulados mais profundos estabelecidos pela Constituição Cidadã.

Referências

ARRUDA NETO, Pedro Thomé. A implementação pela via judicial das políticas públicas na área de saúde mental: o papel do Ministério Público. *Revista de direito sanitário (USP) – Journal of health law*, São Paulo, v. 6, n. 1-3, p. 38-61, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 245:1-312, maio-ago. 2007, São Paulo: Atlas, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Montchrestien, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Ministério Público E Políticas Públicas. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.) *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*, 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

COELHO ÁVILA, Luciano. *Controle abstrato de constitucionalidade de leis orçamentárias: a anunciada revisão da jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos*. *Revista de artigos jurídicos do MPDFT*, Brasília, v. 1. [s.d.]

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, mar. 1997.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. Atlas: São Paulo, 2004.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 5, v. 20/21, p. 111-131, 2006.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle judicial jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*.

LOPES, Magda; COSTA, Marisa Lobo da (Trad.). 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. 1. ed. Brasília: UnB, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais?* In: D'ISEP, Clarissa Ferreira

Macedo; JUNIOR, Nelson Nery; MEDAUAR, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais – estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTESQUIEU. *De L'esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1982.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. Montchrestien, Paris, 2009.

ROSENVALD, Nelson. O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. In: CHAVES, Cristiano;

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2003.

SILVESTRE, Charles Lustosa. *O Ministério Público brasileiro e a construção de políticas públicas de educação para o trabalho: um modelo de promoção da cidadania*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo, FEARP-USP, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-07012013-104428/pt-br.php>>. Acesso em: 10 ago. 2013.