

Coordenadores

ADA PELLEGRINI GRINOVER
KAZUO WATANABE

O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

2.^a edição

Colaboradores:

Ada Pellegrini Grinover	Marco Antonio da Costa Sabino
Camilo Zufelato	Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera
Carina Gomes dal Molin	Maria Tereza Sadek
Cesar Augusto Alckmin Jacob	Maria Veronica Monteiro de Melo
Éder Ferreira	Nilva M. Leonardi Antonio
Eurico Ferraresi	Oswaldo Canela Junior
Hermes Zaneti Junior	Priscila Faricelli de Mendonça
Juliana Justo Botelho Castello	Samuel Meira Brasil Junior
Juliana Maia Daniel	Susana Henriques da Costa
Kazuo Watanabe	Vitor Burgo
Livia Regina Savergnini Bissoli Lage	Vivian Maria Esper
Luís Francisco Aguilar Cortez	



O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. Fundamento constitucional do controle. 2. A posição dos tribunais brasileiros. 3. Pressuposto e limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas: a garantia do mínimo existencial. 4. Os limites: a razoabilidade. 5. Segue: a reserva do possível. 6. A observância do pressuposto e dos limites como salvaguarda contra os excessos. 7. Sanções para o descumprimento da ordem ou decisão judiciária. 8. A via processual adequada para provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário em políticas públicas. 9. Conclusões.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE

Montesquieu condicionara a liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos poderes² e afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas, igualmente exequíveis de forma tirânica.³

Vale lembrar, com Dalmo Dallari,⁴ que a teoria foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O mo-

¹ Este trabalho constitui uma revisão e ampliação do artigo O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, publicado pela autora em *O processo – estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 36/57.

² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Livro V, Cap. II.

³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Livro XI, Cap. V.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

delo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

Na teoria clássica da separação dos poderes, o juiz era considerado “*la bouche de la loi*”. Isto já representava um notável avanço, pois eliminava o arbítrio, sujeitando o juiz ao império da lei, ou seja, à norma geral e abstrata proveniente do Poder Legislativo.

Mas já em 1891 os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a *judicial review*, a partir do controle da constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso Madison *versus* Marbury, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. E não será demasiado lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte-americano.

Outro dado que mudou o enfoque do juiz como “*bouche de la loi*” foi o fenômeno histórico da Revolução Industrial, ocorrido no início do séc. XX, em que as massas operárias assumiram relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, prestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia.

No Brasil, durante muito tempo os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição.⁵

5. Vejam-se, exemplificativamente, STJ, RMS n. 15.959/MT, Sexta Turma, julgado em 07.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 299; RMS n. 18.151/RJ, Quinta Turma, julgado em 02.12.2004, DJ 09.02.2005, DJ 09.02.2005, p. 206; MS n. 12.629/DF, Terceira Seção, julgado em 22.08.2007, DJ 24.09.2007, p. 244. O STF, na década de 60, aprovou em Sessão Plenária a Súmula n. 339, com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia”.

No entanto, a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, *b*, e V, *b*, da Lei n. 4.717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. E José Afonso da Silva preconizava que sempre se possibilitasse a anulabilidade do ato por simples lesividade.⁶

Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII, introduziu a seguinte redação:

Art. 5º, inc. LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (destacamos).

Ora, o controle, por via da ação popular, da **moralidade administrativa** não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade.

Cândido Dinamarco⁷ também entende que foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se a ela a “*desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo*”, provocando “*sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo*”.

Mas a Constituição de 1988 fez mais: no art. 3º fixou os **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil, da seguinte maneira:

Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E, para atingir esses **objetivos fundamentais** (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado

6. Apud GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades públicas**, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 478.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. In: **Fundamentos do processo civil moderno**.

tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado Social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito.

Mas como operacionalizar o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro? Responde Oswaldo Canela Junior:⁸

“Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que impliquem o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predefinidos pelas Constituições e pelas leis.⁹ Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária”.

Afirma o Autor, com toda razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si sós. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E acrescente-se: o segundo dogma foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.

Continua Oswaldo Canela Junior:

“E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da *independência dos poderes*”.

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser **harmônicos** entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Por isso, ainda segundo

8 Esta ideia, assim como as que se seguem, são extraídas do brilhante trabalho apresentado à USP, para qualificação de doutorado, por Oswaldo Canela Junior, A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de

jurisdição (orientador Kazuo Watanabe), inédito, p. 17-19.

9 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Oswaldo Canela Junior, “*cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)*” – destacamos.

Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra que o objetivo do Estado liberal era o de *neutralizar* o Poder Judiciário frente aos demais poderes.¹⁰ Mas, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.

Ainda no conceito irrepreensível de Oswaldo Canela Junior:

“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”.

“Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF)”.

Ou seja, em última análise, à sua constitucionalidade.

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do coito desses atos com os fins do Estado.

E continua o autor:

“Diante dessa nova ordem, denominada de *judicialização da política*,”

(muito diferente, acrescente-se, da *poliização do Judiciário*)

“contando com o juiz como coautor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle”.

10 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. In: *Revista USP*, n. 21, p. 14, mar./abr./maio de 1994.

2. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Nossos tribunais assim têm feito: o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicação a portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que *os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da CF, invocando precedentes consolidados da Corte.*¹¹

O mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, salientando-se o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado, de forma individual ou coletiva.¹² O Tribunal, em outra decisão, afirmou que a Administração Pública se submete ao império da lei, *até mesmo no que toca à conveniência e oportunidade do ato administrativo*: uma vez demonstrada a necessidade de obras objetivando a recuperação do solo, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela específica para que a Administração destine verba própria do orçamento para esse fim.¹³

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo mostrou-se preparado na discussão a respeito da suposta interferência do Poder Judiciário nos demais poderes. Em ação civil pública ajuizada pelo MP em face da municipalidade paulistana, objetivando a restauração do conjunto arquitetônico do Parque da Independência, a Corte manifestou-se no sentido de que pode e deve o Judiciário atuar na omissão administrativa. O Tribunal paulista decidiu que a omissão da administração pode ser enfrentada pelo Judiciário, em decorrência do controle que este exerce sobre os atos administrativos, não se tratando de interferência na atividade do Poder Executivo.¹⁴

Mas o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 45-9, sendo representado pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se pronunciou:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domí-

11 RE n. 271.286 e Agrg n. 271.286.

12 Resp. n. 212.346 no Ag. n. 842.866; Resp. n. 814.076; Resp. n. 807.683; Agrg no Resp. n. 757.012; Resp. n. 684.646; Resp. n. 658.323; Resp. n. 625.329, MS n. 8.895; Resp. n. 509.753, MS n. 8.740; Resp. n. 430.526; Resp. n. 338.373.

13 RSTJ 187/219, 2ª Turma.

14 Apel. n. 152.329.5/4.00-SP.

nio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e 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 estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”

(...)

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”. (...)

“A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (Destacamos.)

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”. (Destacamos.) (...)

“É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á,

como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (destacamos).

Resumindo, percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Examinem-se esses requisitos, que traçam o pressuposto e os limites para a intervenção do Judiciário nas políticas públicas.

3. PESSUPOSTO E LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um **núcleo central**, ou **núcleo duro**, que assegure o **mínimo existencial** necessário a garantir a dignidade humana.

O mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.¹⁵

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.¹⁶

Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça.¹⁷

15 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 69/70, jul.-set. 1990.

16 BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248 e 252-253.

17 ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, dissertação de mestrado defendida na USP, orientador Rodolfo de Camargo Mancuso. p. 21/24.

É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa.

O *mínimo existencial* corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.

Mas de acordo com quais critérios o Judiciário poderá e deverá intervir nas políticas públicas? Imagine-se que a Prefeitura decide construir um hospital num bairro pobre, que não tem saneamento básico, sendo que em bairro próximo existe outro hospital. Qual o mínimo existencial que deverá prevalecer? É aí que entra em ação o princípio da razoabilidade, que pode ser utilizado para corrigir uma política pública equivocada.

É o que se passa a verificar.

4. OS LIMITES: A RAZOABILIDADE

A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*.

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que *o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos*: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geignetheit*), que **impõe que a medida seja adequada ao fim**; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da **necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão**; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*) **importando na justa medida entre os meios e o fim**. Confira-se suas palavras:

“O **princípio da conformidade ou adequação** impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Conseqüentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*.
(...)”

O **princípio da exigibilidade**, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tónica na ideia de que

o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

(...)
c) *Princípio da proporcionalidade em sentido restrito* ('*Verhältnismässigkeit*')
Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à 'carga coactiva' da mesma. Está aqui em causa o **princípio da proporcionalidade em sentido restrito**, entendido como princípio da 'justa medida'. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.¹⁸ (Destacamos.)

Aliás, sob esse aspecto, vale lembrar o pensamento de Karl Larenz, para quem, "no caso do princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma 'relação adequada' entre meio e fim, e que o dano que sobrevinha não 'esteja sem relação com o risco' que devia ser afastado (228 do BGB), trata-se de um princípio 'aberto', porque nestes casos não é indispensável uma valoração adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da ideia de justa medida, do 'equilíbrio', que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça"¹⁹ (grifamos).

No mesmo sentido, escreveu Paulo Bonavides, com apoio em autorizada doutrina:

"Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende Muller que *há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbitrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta*."²⁰ (Grifamos.)

18 Cf. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina. p. 264/265. Confira-se, também, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 360.

19 Cf. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 684.

20 Cf. op. cit. p. 357.

Quanto à sua natureza, Caio Tácito lembra que, no direito alemão, se confere ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso "a natureza de **norma constitucional não escrita**, que permite ao intérprete inferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais".²¹

E, nessa linha de raciocínio, Raquel Denize Stumm ressalta a atribuição, ao princípio da proporcionalidade, de princípio jurídico geral fundamental, também no direito pátrio:

"Em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos."²² (Grifamos.)

No mesmo sentido, Paulo Bonavides escreveu:

"A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais. (...)

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado."²³ (Grifamos.)

O princípio da proporcionalidade obriga a todos os Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. A propósito lecionou José Joaquim Gomes Canotilho:

"O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da

21 Cf. A razoabilidade das leis. In: **Revista de Direito Administrativo** 204: 1-7, p. 2, abr./jun. 1996.

22 Cf. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora 1995. p. 121.

23 **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 362-365-386/387.

proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através de sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas.

O princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição.²⁴ (Destacamos.)

Especificamente com relação ao Poder Judiciário, ouça-se a limpação de João Batista Lopes:

“Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão. (...) Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico.”²⁵

Por último, cabe lembrar que o princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade, tem sido amplamente reconhecido e aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967, com Emenda de 1969, o Supremo aplicou o princípio da proporcionalidade, embora sem esse nome, como critério para a limitação de restrições de direitos, deixando assentado que as medidas restritivas de direito não podem conter limitações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais.²⁶ Referência expressa ao princípio, com a denominação “**critério de razoabilidade**”, ocorreu no voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alkmin, considerado o *leading case* em matéria de aplicação do princípio: ao manifestar-se sobre a Lei n. 4.116/62, que estabelecia exigências para o exercício da profissão de corretor de imóveis, ficou assentado que o legislador somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério de razoabilidade, devendo o Poder Judiciário aferir se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público.²⁷ E, em 1984, dois outros julgados do Supre-

mo pautaram-se pelo princípio da proporcionalidade: as Representações ns. 1.077 e 1.054, sendo relator o Ministro Moreira Alves. Na primeira, tratava-se da elevação da Taxa Judiciária no Estado do Rio de Janeiro, sob o prisma da razoabilidade, entendendo-se que o poder de tributar não poder exercerido de forma excessiva.²⁸ Na segunda, cuidava-se da constitucionalidade do art. 86 da Lei n. 5.681, de 1971, que vedava o exercício da advocacia aos juízes, membros do Ministério Público e servidores públicos civis e militares, durante o período de dois anos a contar da inatividade ou disponibilidade. Aqui, também, a questão foi decidida com suporte no princípio da proporcionalidade, sustentando-se que a restrição estabelecida era desarrazoada.²⁹

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, a *escolha do agente público deve ter sido desarrazoada*.

Conforme afirma Eurico Ferraresi,³⁰

“Vale dizer que, quando se discute **atividade discricionária** (sic), discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa (...). Evidentemente, o juiz não apenas **pode, como deve**, verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público **quando ela não se afigure inapropriada**. No momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, *permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada...*” (destacamos).

Nesse caso, conforme afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, “a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato”.³¹

²⁴ Rep. n. 1.077, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ, 112/34).

²⁵ Rep. n. 1.054, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ, 110/967).

²⁶ FERRARESI, Eurico. Modelos processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP (orientadora Ada Pellegrini Grinover), no prelo, p. 19/20.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 777.

²⁴ Cf. op. cit. p. 266.

²⁵ **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 72/73.

²⁶ HC n. 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, 1968 (RTJ, 44/322).

²⁷ Rep. n. 930/DF, Rel. Min. Rodrigues Alkmin, DJU de 02.09.1977.

Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.

5. SEGUE: A RESERVA DO POSSÍVEL

A implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira – a chamada *reserva do possível*. E a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la.

Observe-se, em primeiro lugar, que não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.³²

Mas não é só: o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o § 5º do art. 461, CPP, servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado.

Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.

O juiz deve ser responsável pelo controle do cumprimento de sua sentença e poderá, para tanto, servir-se do poder de sub-rogação em pessoas que possam cuidar do cumprimento das obrigações que determinou.

Tratou-se até aqui da reserva do possível sob o prisma orçamentário-financeiro. No entanto, também será impossível ao administrador implementar uma nova política pública sem observância do prazo necessário para o devido planejamento. O juiz deverá estar atento também a essa necessidade, para garantir e acompanhar (mediante sub-rogação) a exequibilidade de suas decisões.

Nessa visão do papel do juiz, o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também ao juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância.

Uma última observação: nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito.

Nesse sentido, cabe trazer à colação recente julgado do STF, de que foi Relator o Ministro Celso de Mello (RE n. 482.611/Santa Catarina, j. aos 23 de março de 2010). Transcreva-se a Ementa:

“EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLO- RAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVEN- TUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍ- PIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão institucional im- putável ao município. Desrespeito à Constituição provocada por inércia estatal (RTJ 183/818-819).

Comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/974-796). Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões es- tatais pelo Poder Judiciário. A colmatação de omissões institucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de imple- mentação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212/1213 – RTJ 199/1219-1220). Recurso extraor- dinário do Ministério Público estadual conhecido e provido.”

32 Sobre a carga dinâmica da prova e sua importância no campo do controle das po- líticas públicas pelo Poder Judiciário, ver ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da.

33 Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, dissertação de mestrado defendida na USP, orientador Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 55-101.

6. A OBSERVÂNCIA DO PRESSUPOSTO E DOS LIMITES COMO SALVA-GUARDA CONTRA OS EXCESSOS

O pressuposto e os limites acima indicados são necessários e suficientes para coibir os excessos na intervenção judicial em políticas públicas.

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto — por não atender ao requisito da razoabilidade —, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível.

A estrita observância dos limites à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro), será suficiente para conter os abusos.

7. SANÇÕES PARA O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM OU DECISÃO JUDICIÁRIA

Se, assim mesmo, o administrador descumprir a ordem ou decisão judicial, abrem-se diversas vias para a aplicação de sanções: a) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal. Passamos a examinar essas técnicas de coerção.

A — *Multa diária*: medidas de coerção patrimonial contra a Fazenda Pública são legítimas, conforme já decidiu o STJ em sede de antecipação de tutela.³³ Todavia, conforme observa Eurico Ferraresi,³⁴ “não se pode esquecer o fato de que a multa diária recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos de uma multa aplicada ao setor particular e ao setor público podem ser completamente diversos” (...). “A imposição de multa diária só tem efeito quando recai no patrimônio

particular do administrador público, pois, do contrário, onerar-se-ia ainda mais o erário”. E continua anotando que, embora o montante da multa imposta a título de *astreinte* possa ser cobrado posteriormente do responsável, seria necessária uma nova demanda judicial para a recuperação.

Por outro lado, o montante fixado a título de multa, em ambos os casos, ficará inscrito como precatório: o art. 100, CF, permite a requisição do pagamento da multa por esse instrumento.

Assim, por diversas razões conclui-se que a imposição de multa diária não constitui a melhor medida para compelir o agente público a uma obrigação de fazer.

Cumpre notar, por último, que a multa prevista no parágrafo único do art. 13, CPC, a título de *contempt of court*, é absolutamente inadequada quando se trata da Fazenda Pública: a multa será inscrita como dívida ativa, o que significa simplesmente tirar de um bolso para passar para outro.

B — *Responsabilização por ato de improbidade administrativa*. A conduta do agente que descumpra decisão judicial subsume-se ao inc. II do art. 11 da Lei n. 8.429/92 — Lei de Improbidade Administrativa — que afirma constituir ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”. É ainda Ferraresi que observa que o descumprimento de ordem judicial ofende a harmonia entre os Poderes, de modo que, havendo descumprimento, se deixa indevidamente de praticar ato de ofício.³⁵

C — *Intervenção no Estado ou Município*. O descumprimento da ordem judicial sujeita o Estado ou o Município a sofrer intervenção político-administrativa, a fim de corrigir a irregularidade. O art. 35, IV, CF, estabelece que o Estado não intervirá nos Municípios, exceto quando o Tribunal de Justiça der provimento a representação para **prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial**. Da mesma forma, a União não intervirá nos Estados ou no Distrito Federal, exceto para **prover a execução de ordem ou decisão judicial** (art. 34, VI, CF).

O Supremo Tribunal Federal deixou assentado:

“O dever de cumprir as ordens emanadas pelo Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho do Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência à ordem ou à decisão judicial pode gerar, em nosso

33 RESP. n. 790.175/SP, Relator José Delgado, rel. p/acórdão Luiz Fux, 1ª Turma, j. 05.12.2006, DJ, 12.02.2007, p. 249.

34 FERRARESI, Eurico. Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutorado defendida na USP, orientadora Ada Pellegrini Grinover, p. 27.

35 Idem, *ibidem*.

sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de *impeachment*), quer, ainda, na esfera institucional (**decretabilidade de intervenção federal** nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de **intervenção estadual** nos Municípios).³⁶ (Destacamos.)

D – *Crimes de responsabilidade e de desobediência*. A teor do art. 1º, inc. XIV, do Decreto-Lei n. 201/67, constitui **crime de responsabilidade do prefeito municipal** “deixar de cumprir ordem judiciária, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

O STJ já decidiu que caracteriza o tipo descrito no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/67, o não cumprimento de ordem judicial, sem que o agente responsável tenha justificado o motivo da recusa ou a impossibilidade de seu cumprimento, por escrito, à autoridade competente.³⁷

Mas deve ser notado que, para a configuração do crime de responsabilidade por descumprimento de ordem ou decisão judiciária, é necessária a conduta dolosa do agente político. Nesse sentido, o STJ, na concessão de *habeas corpus*, visando ao trancamento da ação penal.³⁸

Mas, com relação ao **crime de desobediência**, o STJ afastou a ilicitude penal por existir sanção de natureza civil, processual ou administrativa aplicada em razão da omissão. Segundo a Corte, fixada multa diária pelo descumprimento da decisão judicial, não caberia o oferecimento de denúncia pelo crime de desobediência, sendo o caso de trancamento da ação penal por atipicidade de conduta.³⁹

Mais longe ainda foi outro julgado do STJ:

“CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1 – Em princípio, diante da expressiva maioria da jurisprudência, o crime de desobediência definido no art. 330 do CP só ocorre quando praticado por particular contra a Administração Pública, nele não incidindo a conduta do Prefeito Municipal, no exercício de suas funções. É que o Prefeito Municipal, nestas circunstâncias, está revestido da condição de funcionário público.

36 IF n. 590-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.09.1998, DJ, 09.10.1998.

37 RESP. n. 546.249-PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 04.03.2004, DJ, 31.05.2004, p. 350.

38 HC n. 64.478/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 27.03.2008, DJ, 12.05.2008, p. 1.

39 HC n. 92.655/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 18.12.2007, DJ, 25.02.2008, p. 352.

2 – Constrangimento indevido, representado pela cláusula ‘sob pena de incidir em crime de desobediência à ordem judicial’ (...).⁴⁰

De se lembrar, ainda, o **crime de desobediência** pelo descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança (art. 26 da Lei n. 12.016/2009).

Concluindo esse tópico, percebe-se que **as sanções mais adequadas**, para fazer face ao descumprimento da ordem ou decisão judicial pelo Poder Público, **são a responsabilização por improbidade administrativa e a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; o crime de desobediência pelo descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança; e, em âmbito mais limitado, a imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade.**

8. A VIA PROCESSUAL ADEQUADA PARA PROVOCAR O CONTROLE E A EVENTUAL INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

O Código Civil revogado asseverava, no art. 75: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Como bem aponta Kazuo Watanabe:⁴¹

“Não fosse a intransigência doutrinária, surgida na fase em que o Direito Processual aspirava à autonomia como um ramo da ciência jurídica, o art. 75 do Código Civil de 1916 poderia ter sido lido com explicitação, em nível infraconstitucional, do **princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual**” (destacamos).

“Para que dele se retrasse toda a conotação imanentista, bastava que se lesse o texto como se nele estivesse escrito que a toda afirmação de direito (e não um direito efetivamente existente) ‘corresponde uma ação, que o assegura’. O direito ‘afirmado’, como é cediço, não é a mesma coisa que direito existente”.

“Aliás, mesmo o texto constitucional (art. 5º, n. XXXV) deve ser lido com o mesmo cuidado, pois seu texto afirma que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito’, e sua leitura apressada poderá conduzir a uma conclusão imanentista, quando na verdade o que nele se afirma é que nenhuma afirmativa de lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário”.

Mas o princípio expresso no Código Civil revogado permanece em nosso ordenamento, como decorrência direta do art. 5º, inc. XXXV, da CF,

40 RHC n. 7.990/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. 29.10.1998, DJ, 30.11.1998, p. 209.

41 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 856.

e como manifestação do valor maior da efetividade do processo. E o Código de Defesa do Consumidor abrigou-o, expressamente, ao proclamar:

Art. 83: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela" – grifamos.

O legislador cuidou, assim, de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados pelo sistema.

Nas sempre ponderadas palavras de Kazuo Watanabe:⁴²

"Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuidar-se, ao revés, de norma autoaplicável, no sentido de que dela se podem extrair desde logo várias consequências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual 'o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir'.⁴³ A segunda, que é consecutória de qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle das políticas públicas. E não importa a espécie de demanda: meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.

Consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicista, impregnada no sistema processual pátrio, que se procura privilegiar o 'ter' mais que o 'ser',⁴⁴ fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada" – grifamos.

42 WATANABE, Kazuo. Idem. p. 854/855.

43 CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, 1930. v. 1, p. 110, e *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1, p. 84. Na busca da instrumentalidade substancial

do processo, são igualmente válidas tanto a perspectiva de Direito Material utilizada por alguns processualistas como a de Direito Processual de que se valem outros processualistas. A correta e equilibrada combinação dessas duas perspectivas, sem a intolância doutrinária que a nada conduz, é a solução que realmente se impõe. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de Direito Processual*, 4. Série, p. 215-241.

O princípio é certamente aplicável a todos os direitos e interesses, violados ou ameaçados, mesmo fora das relações de consumo. Aliás, não custa lembrar que as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor se aplicam à tutela de qualquer direito ou interesse coletivo (*lato sensu*), por força da correlação estabelecida pelo art. 90 do CDC ("Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições" – destacamos – e pelo art. 21 da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública ("Aplicam-se à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor").

Isto quer dizer, em última análise, que o art. 83 do CDC, supratranscrito, aplica-se a todos os direitos difusos e coletivos, nos termos do art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública.

E tem mais: é certo que os direitos coletivos (*lato sensu*) gozam de instrumentos processuais específicos de proteção: Lei da Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa. Mas é certo também que, por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

Veja-se o seguinte exemplo: numa demanda individual, o autor pede à autoridade pública a interdição de um local noturno, vizinho à sua residência, que infringe o direito ao silêncio, tutelado pela lei. Trata-se de uma demanda individual, mas de efeitos coletivos, porquanto a interdição – ou não – do local vai ter efeitos sobre todos os membros da comunidade que vive na vizinhança. A ação individual serviu para a tutela de um direito difuso.

Outro exemplo: inconformado com a fixação das mensalidades de uma escola, um pai de aluno pede a correção da tabela de custos, para adaptá-la aos critérios legais. Dependendo do pedido, portanto – não apenas a redução de sua mensalidade, mas a revisão da tabela que fixou as mensalidades –, a demanda individual terá efeitos coletivos, beneficiando, ou não, todos os estudantes da escola. A ação individual serviu para a tutela de um direito coletivo (*stricto sensu*).

Mais exemplos são trazidos por Kazuo Watanabe:⁴⁵

"Por exemplo, uma ação de anulação de deliberação assemblear de uma sociedade anônima, que veicula matéria de ordem geral, e não uma ques-

45 WATANABE, Kazuo. Idem. p. 799-800.

tão de interesse específico de algum acionista, será uma **ação de alcance coletivo**, mesmo que proposta por apenas um ou alguns acionistas, e a respectiva sentença, sendo acolhedora da demanda, beneficiará **necessariamente a totalidade dos acionistas**. Nessa espécie de conflitos de interesses, não há lugar para a conciliação de demandas individuais que objetivem o mesmo resultado prático. *É suficiente a propositura de uma única ação de anulação, por um ou mais acionistas, sem a necessidade de participação da totalidade deles, pois estamos diante de uma demanda individual com alcance coletivo, pois o escopo dela diz respeito à totalidade dos acionistas*. Não se nega a possibilidade de cada acionista ter uma pretensão individual específica e diferenciada, pertinente somente a ele, em relação à qual será inquestionavelmente admissível a demanda individual. Mas não é fragmentável em demandas individuais a pretensão anulatória, pois o provimento jurisdicional a ela correspondente tem pertinência necessária à totalidade dos acionistas.

Para que semelhante distinção fique bem remarcada, cabe ser mencionado um outro exemplo.

A ação coletiva ajuizada com o escopo de se exigir a **cessação da poluição ambiental praticada por uma indústria** é apta a tutelar os interesses de toda a coletividade (interesses difusos, portanto). A ação individual que viesse a ser proposta por uma vítima, por exemplo, um morador da vizinhança, reclamando a indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição combatida na ação coletiva, veicularia uma pretensão individual própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão coletiva e a individual. Mas, *se na ação individual fosse veiculada a pretensão à cessação da poluição, teria ela escopo coincidente com o da ação coletiva*. Suponhamos, para salientar bem essa distinção, que outros moradores ajuizassem também ações individuais com a mesma finalidade, qual seja, a de cessação da poluição. Todas elas estariam reproduzindo a mesma pretensão veiculada na demanda coletiva. São *'individuais' apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a pretensão é de alcance coletivo, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação*. Em semelhante situação, seria suficiente uma só demanda, seja individual ou coletiva." – Destacamos.

Existem, portanto, demandas individuais com efeitos coletivos, que servem à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, conceituados no art. 81, I e II, do CDC, às quais se aplica indistintamente o art. 83 do CDC, c/c o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Aliás, temos sustentado, em nossas aulas de pós-graduação,⁴⁶ que a conceituação de interesses difusos e coletivos do art. 81, I, II e III, do CDC

46 Disciplina de mestrado/doutorado "Processos Coletivos", na Faculdade de Direito da USP; disciplina de mestrado, com o mesmo nome, na Faculdade de Direito de Vitória.

é uma conceituação de **direito material**, pois, antes mesmo que surja o processo, e independentemente dele, pode nascer o conflito sociológico. E a norma de direito material define quais são os direitos tutelados.

É também o que afirma Kazuo Watanabe, com outras palavras:⁴⁷

"No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos 'difusos' e 'individuais homogêneos'. Suponha-se, para raciocinar, uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge um número indeterminável de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos 'difusos'. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou o serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos 'individuais homogêneos'.

Limitando-se o autor da ação coletiva a postular, v.g., a retrada da publicidade enganosa, a tutela pretendida é dos interesses ou direitos 'difusos'. É esse o conflito de interesses trazido ao processo. É essa a 'lide' processualizada. O objeto litigioso do processo, delimitado pelo pedido, tem essa 'lide' como seu conteúdo." – Destacamos.

Mas há mais: *mesmo na tutela jurisdicional exclusivamente individual é aplicável o princípio de que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção de qualquer direito ou interesse*. Vigora, nesse contexto, o postulado de atipicidade da tutela jurisdicional, que foi bem salientado por Flávio Yarshell. Conforme observou o processualista, a garantia da ação *"funciona como 'cobertura geral' do sistema, apta a conduzir ao controle de alegações de lesão (ou ameaça) de direito"*. Examinando a evolução do conceito de ação, da perspectiva romana até a moderna, Yarshell bem observou que, *"rompendo com o sincretismo contido na ótica do direito romano, cindiu-se o conceito da actio, para se distinguir a existência do direito, de um lado, e o poder de invocar a respectiva declaração ou atuação, de outro lado*. Daí por que se dizer que *o direito contemporâneo não está mais assentado em um sistema "de ações", mas "de direitos", em que não mais vigora aquela ideia de tipicidade"*⁴⁸ (destacamos).

Ao tratar especificamente da atipicidade da ação no confronto com o interesse de agir (no indicador *adequação* da via processual), observou o processualista: *"São freqüentes as referências ao 'descabimento' desta ou daquela 'ação', diante de certa situação de direito material afirmada pelo demandante, reputando-se este carecedor de ação por falta de interesse de*

47 WATANABE, Kazuo. *Idem*. p. 830.

48 Cf. *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: DPJ, 2006. p. 56/63.

agir (*inadequação*). O problema pode ser situado da seguinte forma: no momento em que o interessado – valendo-se da garantia constitucional ('ampla') da ação – ingressa em juízo, precisa eleger a '*ação adequada*' para a situação material que afirma, isto é, não deve se equivocar na escolha da '*via processual*'. Advertiu Yarshell ser preciso *ter cuidado para entender, sob a ótica do interesse processual, o que se quer dizer com escolha da 'ação cabível'*, cuidando-se para que na 'passagem' da 'ação constitucional' (incondicionada) para a 'ação processual' (condicionada, eis que exercida de forma conexa a uma dada relação material afirmada pelo demandante) não se perca o sentido e o alcance dessa primeira garantia". E mais:

"Quando se busca o 'tipo de ação' cabível para uma dada situação de direito material (afirmada), deve-se levar em conta – relativamente ao elemento 'adequação' – tão-somente os seguintes dados: a) compatibilidade entre pedido (provimento invocado) e situação lamentada pelo demandante, de tal sorte que, em tese, a providência alvitada pelo autor seja idônea a solucionar o mal de que se lamenta; b) compatibilidade entre o procedimento adotado pelo autor e a situação afirmada pelo demandante, de modo que os atos processuais, por seu encadeamento, sejam aptos a conduzir o demandante ao ato final que, como visto, é (deve ser) idôneo à superação do estado de coisas exposto pelo autor.

Sob um ângulo negativo, por assim dizer, a busca do 'tipo de ação cabível' deve considerar: a) a *irrelevância do nome ou rótulo que se tenha consignado no veículo da demanda, que é a petição inicial*; b) que o equívoco quanto ao procedimento eleito não impede necessariamente que atinja o provimento (resultado) desejado, quer porque seja possível adequá-lo ao procedimento correto, quer porque não existam diferenças expressivas entre o procedimento eleito e o procedimento corretamente ditado pela lei; c) que a invocação do fundamento legal não afeta o interesse de agir e não vincula o órgão julgador, que deve considerar os fatos e fundamentos jurídicos expostos pelo demandante."⁴⁹ (Grifamos.)

Verifica-se, assim, que, mesmo uma ação individual, pode servir para a implementação ou a correção de uma política pública: mas com a advertência de se evitarem os excessos, conforme foi exposto no n. 6 *supra*.

Disso tudo surge uma inarredável conclusão: *qualquer tipo de ação, na jurisdição constitucional e na ordinária, pode ser utilizado para provar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas*. Na jurisdição constitucional, pelo mandado de injunção, inclusive coletivo, pela ação de descumprimento de preceito fundamental,

pela ação de inconstitucionalidade por omissão. E, na jurisdição ordinária, por uma ação coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual, sendo certo que, neste último caso, mais cuidados deverão ser tomados para a observância dos limites postos à intervenção. Isso porque o acolhimento da pretensão estritamente individual diminui a disponibilidade de verbas destinadas à política pública geral (aspecto negativo), embora a reiteração de pedidos no mesmo sentido possa acabar influenciando, como já ocorreu, na ampliação da própria política pública (aspecto positivo).

9. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, podem ser assentadas as seguintes conclusões:

- a – O Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF).
- b – Esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado.
- c – Dentro de limites, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas.
- d – Há um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto, que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa, é a restrição à garantia do mínimo existencial. Constituem limites à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública.
- e – O juiz deverá utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível.
- f – A estrita observância do pressuposto e dos limites acima indicados, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, não necessários e suficientes para coibir os excessos do Poder Judiciário.
- g – Para fazer face ao descumprimento da ordem ou decisão judicial (obrigações de fazer) pelo Poder Público, sem embargo da aplicação de

astreintes – pouco adequadas quando se trata da Fazenda Pública –, as sanções mais eficazes são a responsabilização por improbidade administrativa e a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; o crime de responsabilidade por descumprimento da ordem em mandado de segurança; e, em âmbito mais limitado, a imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade.

h – Todas as espécies de ações – na jurisdição constitucional (mandado de injunção, inclusive coletivo, ação de descumprimento de preceito fundamental e ação de inconstitucionalidade por omissão) – e na jurisdição ordinária – ações coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas.

i – Maior cuidado deverá ser tomado na observância do pressuposto e dos limites em relação às ações estritamente individuais, cujo acolhimento diminuirá a verba destinada à política pública geral, embora elas possam ter efeito positivo, influenciando sobre a ampliação da política pública.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PROGRAMAS E AÇÕES PARA O ATINGIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO

Livia Regina Sovergnini Bissoli Lage

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Assessora de Nível Superior de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais sociais: dimensões objetiva e subjetiva. 3. Direitos fundamentais sociais e políticas públicas. 4. Judicialização dos direitos sociais. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional não é mais considerada mera extração de sentido da norma. Isso porque os direitos de solidariedade, geralmente, vêm expostos na lei como metas a serem alcançadas – normas programáticas –, demandando, assim, atuação constante do Estado na promoção desses direitos. Ocorre que parte da doutrina¹ afirma que eles não podem ser exigidos, sendo vistos apenas como programas a serem alcançados.

Decerto que a eficácia da Constituição depende de sua conformação com a realidade histórica e social. No entanto, a Constituição possui uma “força ativa de transformação: é capaz de lutar para a superação de resistências”, já que possui uma “pretensão de eficácia”. A Constituição é hábil, então, para imprimir ordem e conformação à realidade política e social,

1 AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120; BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 103-196.