

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

O PODER JUDICIÁRIO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

WELLINGTON PEREIRA

Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Acadêmico de Direito

1. Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1. 0325. 05. 930764 – 6 / 001 – COMARCA DE ITAMARANDIBA – APELANTES(S): MUNICÍPIO CARBONITA PRIMEIRO (A), MUNICÍPIO ITAMARANDIBA SEGUNDO(A) (S) – APELADO(A) (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI

EMENTA:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MUNICÍPIOS – PROGRAMA DE AUXÍLIO À FAMÍLIA, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E ABRIGO EM ENTIDADE – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – OFENSA AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES – IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL – NORMA DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO – DEVER DO PODER PÚBLICO NA MEDIDA DE SUAS POSSIBILIDADES. Não compete ao Poder Judiciário interferir no âmbito discricionário da Administração Pública na IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, que resultem sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade. A Administração Pública deve estabelecer metas a serem alcançadas paulatinamente, segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo, não podendo ser atropelado por ordem judicial.

2. Razões

Na decisão escolhida para o comentário, observa-se que a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível nº 1. 0325. 05. 930764 – 6 / 001 – Comarca de Itamarandiba, deu provimento às apelações propostas pelos municípios de Carbonita e de Itamarandiba. Os referidos municípios apelaram da decisão que deu provimento ao pedido do Ministério Público através de Ação Civil Pública que exigia dos suscitantes a implementação de políticas públicas com o escopo de melhorar o atendimento das crianças e dos adolescentes dos municípios. No entanto, o relator, Des. Célio César Paduani, deu provimento a ambos os recursos julgando totalmente improcedente a ação civil pública em apreço, sob a alegação de que não compete ao Poder Judiciário interferir no âmbito discricionário da administração pública na implementação de políticas públicas, por entender que violaria o princípio da separação dos Poderes.

3. Justificativa

A decisão escolhida para ser comentada trata da implementação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário. O tema é polêmico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No entanto, é assunto de extrema relevância, já que no Estado democrático de direito o Poder Judiciário tem a função de fazer cumprir as diretrizes constitucionais sociais, através da implementação de políticas públicas, mesmo que para isto tenha que interferir na esfera de outros poderes.

4. Finalidade

O comentário tem por finalidade demonstrar para a comunidade jurídica que a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário é uma necessidade quando ocorre a inércia injustificada ou quando a justificativa da administração pública não é satisfatória. Visa demonstrar que os princípios da discricionariedade da administração pública e o princípio da Tripartição dos Poderes não podem ser evocados para justificar a inércia quanto à implementação de políticas públicas.

5. Comentário

A problemática relativa à eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 1988) é notadamente mais evidente em relação aos direitos fundamentais sociais (SILVA, 2001), pois as suas prestações materiais dependem dos recursos de que o Estado dispõe. No entanto, a Constituição determina ao legislador que viabilize o conteúdo desses direitos (KRELL, 2000).

A pergunta que se faz é: seria possível a implementação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário? A questão é polêmica, encontrando como argumento para sua negativa a alegação de ilegitimidade do Poder Judiciário para a conformação do conteúdo desses direitos, por se entender que seria afrontado o princípio da Separação de Poderes (ANDRADE, 1976). Por sua vez o poder público invoca o princípio da *reserva do possível*, para escusar-se de concretizar as políticas públicas de implementação do conteúdo dos direitos sociais.

Em relação ao argumento de ilegitimidade do Poder Judiciário¹ em exigir a implementação do conteúdo dos direitos sociais, quando não realizado ou não realizado satisfatoriamente pelo poder público, de afrontar o princípio da separação de Poderes, deve ser revisto quando se tratar de prestações de serviços sociais, pois esse princípio não pode ser invocado para justificar injustiças sociais e causar inércia social (CAPPELLETTI, 1999).

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos

¹ Almeida (2001) apresenta o novo escopo do Judiciário no Estado democrático de direito.

Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (KRELL, 2000, p. 29).

O citado princípio deve ser submetido a uma releitura, não para possibilitar a ingerência de um Poder sobre o outro, mas para possibilitar uma reformulação funcional do Estado, objetivando uma melhor distribuição de suas funções e um efetivo controle de *freios e contrapesos*. No paradigma do Estado democrático de direito, os princípios devem ser viabilizados para a construção de uma sociedade mais justa, sendo interpretados sob o método hermenêutico da adequabilidade. Assim, o argumento de que o princípio da separação de Poderes deve prevalecer a qualquer custo deve ser superado em prol de se reduzirem os obstáculos que impedem a materialização do conteúdo dos direitos sociais fundamentais, não importando se a materialização do conteúdo destas normas programáticas seja feita pelo poder público ou implementadas por meio do Poder Judiciário.

Quando os preceitos constitucionais não são cumpridos por omissão do legislativo ou do administrador, pode ter como consequência uma inconstitucionalidade permanente (visto que os preceitos constitucionais são vinculantes e servem como princípios orientadores) gerando instabilidade política e um sentimento de descrédito nas instituições democraticamente instituídas. É incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara o Estado em mora por não implementar preceitos constitucionais econômicos, sociais e culturais, sentenças dessa natureza tornam-se importantes veículos canalizadores das reivindicações sociais, por expressarem o sentimento social de inconformismo com a inércia do Poder Público. Com tais sentenças, o judiciário não está controlando o administrativo e sim exercendo sua função de fiscalizá-lo e cumprindo seu papel na dinâmica de freios e contrapesos. (FARIA, 1998).

O princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi desenvolvido na Alemanha, fruto de uma decisão da Corte Constitucional germânica, que entende que a prestação dos serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade dos recursos necessários para a implementação de tais serviços. “Segundo a Corte Constitucional Alemã, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. (KRELL, 2000, p. 40). De acordo com essa teoria não é permitido exigir do Estado acima de um limite básico social.

A doutrina e a jurisprudência alemãs sempre influenciaram os juristas brasileiros, por fazerem parte da família romano-germânica, e por isso muitos preceitos e teorias daquele país foram transportados para o Brasil. Entretanto, o mesmo preceito ou teoria aplicados em contextos sociais diferentes assumem feições também diferentes. O Brasil, com toda sua diversidade cultural e sua desigualdade social, não pode importar conceitos jurídicos de uma sociedade desenvolvida como a alemã sem a devida adaptação. O próprio significado de *possível* no contexto alemão tem outra conotação comparada com o contexto

brasileiro. Naquele país, o desenvolvimento humano atingiu um estágio ainda não experimentado pelo Brasil. Em nosso contexto, a implementação dos direitos fundamentais é cada vez mais dependente do Estado. Assim, conclui-se que a reserva do possível pode ser fruto de um direito comparado equivocado, porquanto foi importado de uma sociedade que em nada se aproxima da nossa, principalmente na definição do que seja a garantia mínima de direitos (FREIRE JÚNIOR, 2005). Nesse sentido, baseando-se no princípio da reserva do possível, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento imediato de decisão judicial que verse sobre políticas públicas. Entretanto, não é razoável aceitar qualquer alegação de falta de recurso, fundamentando-se apenas nesse princípio. Como esclarece o Min. Celso de Melo em ADPF nº 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

Não se mostra lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Assim a escassez de recursos deve ser investigada, no caso concreto, pois, do contrário, de nada adianta a norma constitucional se esse argumento fosse sempre invocado. Também deve ser salientado que o sistema de planejamento orçamentário não é feito com a total liberdade do legislador. Tanto o legislador quanto o administrador não possuem discricionariedade para dispor dos recursos como bem entenderem (SCAFF, 2005, p. 213-226). A norma do art. 3º da Constituição Federal enumera os direitos sociais que devem ser perseguidos pelos governos que se sucedem. O Estado deve disponibilizar toda sua estrutura para servir à obtenção destes desígnios. Em voto recente, na ADI nº 29251, o Min. Carlos Velloso demonstrou a vinculação entre os objetivos constitucionais e a obrigatoriedade de se realizarem despesas que foram previamente definidas, em voto que tratou do uso dos recursos arrecadados com a CIDE.

Não deve ser apenas limitada à reserva do possível a aplicação dos recursos necessários, e sim aplicá-los buscando efetivamente transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais. Conclui-se que a questão de cumprir as tarefas sociais não está relegada somente ao governo e à administração, mas encontra seu fundamento no próprio texto constitucional sobre os direitos sociais. A sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder judiciário.

6. Conclusão

Os princípios da discricionariedade e da separação de Poderes não podem ser usados como justificativa para a omissão da administração pública quanto à implementação de políticas públicas. A falta de dotação orçamentária alegada pela administração pública não pode ser aceita sem uma comprovação objetiva quando se tratar de direitos sociais. O Poder Judiciário como órgão legitimado constitucionalmente para promover transformação social não pode ficar alheio às omissões da administração pública. Diante do exposto, não se concorda com o teor da decisão comentada.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Poder Judiciário brasileiro como instituto de transformação *positiva* da realidade social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 5ª Região*, Campinas, n. 15, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *A Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, jul./ago. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.