

CONTROLE JURISDICIONAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E PROTAGONISMO JURISDICIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE OMISSION: CONSTITUCIONAL ASPECTS CONCERNING DEMOCRATIC LEGITIMACY AND JUDICIAL PROTAGONISM IN PUBLIC POLICIES IMPLEMENTATION

André Leonardo Prado Coura¹

RESUMO

O presente artigo objetiva investigar o controle jurisdicional da omissão administrativa sob a perspectiva constitucional, a partir das diretrizes teóricas autorizativas do aludido controle. A Constituição Brasileira de 1988 preconiza, em seu art. 5º, XXXV, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, erigindo a inafastabilidade da jurisdição ao patamar de princípio e garantia fundamental. A modelagem constitucional conferida ao Poder Judiciário, alçado à condição de detentor da *ultima ratio* na dicção do direito, confere àquele Poder republicano importante papel de ordenação social que não se pode furtar da apreciação das controvérsias que lhe forem apresentadas, ainda que já apreciadas pelas instâncias administrativas. Afigura-se tormentosa a disciplina jurídica do controle jurisdicional, na medida em que verse não sobre atos (comportamento comissivo), mas sobre a inércia da Administração. O referido controle implica, necessariamente, em cominação de obrigação positiva ao Poder Público, revelando protagonismo jurisdicional que não está infenso a críticas. A investigação busca contribuições para esclarecer o problema que a norteia, a saber: em que medida encontra legitimidade (e como aferi-la) o controle jurisdicional da omissão administrativa, levado a efeito mediante a cominação de implementação de políticas públicas? Orientado em pesquisa teórica

¹Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC.

descritivo-compreensiva de cunho bibliográfico, este trabalho pretende investigar os pressupostos teórico-constitucionais do controle da omissão administrativa realizado pelo Poder Judiciário, bem como do panorama doutrinário jus-administrativista sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: OMISSÃO ADMINISTRATIVA; CONTROLE JURISDICIONAL; LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA; PROTAGONISMO JURISDICIONAL; POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

This paper intends to investigate the jurisdictional review of the administrative omission in the Brazilian constitutional perspective and to outline the theoretical directive authorizing the aforementioned control. The Brazilian Constitution of 1988 defines in its article 5º, line XXXV, that "law will not exclude from judicial appraisal injury or threat to right", raising the imperativeness of jurisdiction to a principle and fundamental guarantee level. The constitutional fashion attributed to Judiciary Branch, elevated to a *ultima ratio* status in law enforcement, places that Republican branch in the important role of social ordering, since it cannot refrain deciding the disputes submitted to it, even though they have been already decided by other administrative entities. Legal discipline of judicial review presents itself stormy when it concerns about the inertia of public authorities rather than illegal acts taken by them (positive acting). Such control implies necessarily on positive obligation injunction upon the State, showing a judicial protagonism unshielded for criticism. The present paper seeks contributions to solve the problem that guides its development, which is: to what extent is legitimate (and how measuring it) the judicial review of administrative omission, performed by determining the implementation of public policies? Based in descriptive-comprehensive bibliographic theoretical research, this paper aims to investigate the theoretical-constitutional assumptions for the judicial review of administrative omission, as well as the public law overview on the subject.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE OMISSION; JUDICIAL REVIEW; DEMOCRATIC LEGITIMACY; JUDICIAL PROTAGONISM; PUBLIC POLICIES.

Sumário – 1 Introdução – 2 Legitimidade democrática do Poder Judiciário e o Protagonismo Jurisdicional – 3 O comportamento negativo da Administração Pública e a Ordem Constitucional – 4 O controle judicial de políticas públicas – 5 Conclusões – Referências

1 INTRODUÇÃO

Como identificar a medida de legitimidade da autorização constitucional à efetivação do controle jurisdicional da omissão do Poder Público? Toda e qualquer omissão resultará lesão à esfera jurídica do cidadão? A mera verificação de um direito lesado pela inércia da Administração Pública pode autorizar o Poder Judiciário a sindicá-lo? Estas são algumas das questões derivadas do problema suscitado, o qual reflete a seguinte indagação: em que medida encontra legitimidade (e como aferi-la) o controle jurisdicional da omissão administrativa, levado a efeito mediante a cominação de implementação de políticas públicas?

Orientado em pesquisa teórica descritivo-compreensiva de cunho bibliográfico, o trabalho tem o objetivo de compreender os pressupostos teórico-constitucionais do controle da omissão administrativa realizado pelo Poder Judiciário, através da identificação do panorama constitucional que reveste este comportamento negativo, bem como da jusfundamentalidade do direito por ele eventualmente preterido.

A justificativa da investigação repousa na crescente mitigação das fronteiras entre as vertentes administrativa e jurisdicional do poder estatal, enquanto aspecto teórico autorizador do controle judicial do comportamento da Administração Pública, que recorrentemente é trazido à discussão pelos tribunais pátrios.

Como hipótese habilitada a contribuir com a resposta ao problema proposto, levanta-se a necessidade de submissão, tanto da omissão identificada, quanto do eventual direito por ela vulnerado, a um teste de verificação da moldura constitucional que os reveste, no intento de se

aferir a presença de determinadas condicionantes autorizadoras do controle jurisdicional do comportamento negativo do Poder Público.

A Constituição Brasileira faz consignar, em seu art. 5º, XXXV, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de garantia fundamental consubstanciada no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Conforme anota Phillip Gil França,

O princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado trata do poder/dever que este detém de adequadamente – ou seja, conforme a ponderação racional e proporcional dos valores envolvidos – manifestar-se e posicionar-se de forma final sobre o direito que lhe fora questionado. (FRANÇA, 2008, p. 51-52)

A inafastabilidade da prestação jurisdicional importa univocidade da jurisdição, isto é, comete ao Poder Judiciário a prerrogativa de exercer a *ultima ratio* na dicção do direito nas controvérsias que se lhe apresentem, independentemente de prévia apreciação em instâncias administrativas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfutável o acerto de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 949)

A par da estabilização (PEGORARO, 2010, p. 107) constitucional/institucional e segurança jurídica daí decorrentes – sobretudo em função da inalterabilidade da modelagem unívoca da jurisdição, infensa a vulnerações decorrentes do exercício do poder legislativo ordinário, ou mesmo do poder constituinte derivado² –, a inafastabilidade da jurisdição permeia a configuração de inter-relação entre os “poderes da União”, “independentes e harmônicos entre si”, conforme o art. 2º, da Constituição Federal.

² O princípio da inafastabilidade da jurisdição, por inserto no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, ostenta natureza de cláusula pétrea, por força do art. 60, par. 4º, inc. IV, daquele mesmo Texto, razão pela qual se sustenta a impossibilidade de fragilização ou desconfiguração desta garantia constitucional.

A reboque da garantia constitucional em foco e, sendo o objeto direto da presente investigação, há a possibilidade de que o Poder Judiciário, quando instado a tanto, possa decidir sobre atos praticados pela Administração Pública e, eventualmente, já controvertidos e decididos em instâncias administrativas.

Particularmente mais intrincado que o desenho jurídico do controle jurisdicional dos atos ou do comportamento positivo da Administração – o que por si já constitui questão das mais árduas na seara do Direito Administrativo –, afigura-se o panorama em que o referido controle pretenda-se operar sobre um não fazer, isto é, sobre situações em que o que se pretende objeto da sindicância judicial é um comportamento negativo do Poder Público. Um verdadeiro “não-ato”.

A verificação das diretrizes teóricas do controle jurisdicional, operado sobre o comportamento negativo do Poder Público, possibilita identificar com maior clareza a obrigação constitucional de atuação administrativa.

O presente artigo pretende esboçar considerações aptas a auxiliar na identificação de questões controvertidas concernentes à sindicabilidade judicial da omissão administrativa. Não possui, entretanto, qualquer pretensão de exaurimento, em função da extensão e complexidade da matéria.

2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E O PROTAGONISMO JUDICIAL

O controle operado pelo Judiciário sobre a omissão administrativa resultará em direta ingerência deste na implementação e desenvolvimento de políticas públicas, no intento de não relegar o postulante ou os pretensos tutelados ao desamparo jurídico e à situação de fragilização da dignidade humana, ainda quando as figuras de postulante e destinatário do provimento judicial não se concentrarem na mesma pessoa, como ocorre, *v.g.*, na ação civil pública (PEGORARO, 2010, p. 98).

Segundo Lúcia Valle Figueiredo (2003, p. 356), o Poder Judiciário “[...] tem por finalidade dizer o direito no caso concreto, sem invadir a competência administrativa. Isso faz parte do equilíbrio e do jogo dos poderes”.

Sem embargo da clivagem funcional do poder estatal, a atuação do Poder Judiciário não é totalmente refratária a influxos políticos, sobretudo quando instado a se manifestar sobre a inércia estatal no atendimento material de direitos constitucionalmente assegurados. Como não pode se furtar, por imposição constitucional³, da avaliação das lesões ou ameaças a direitos entregues à sua apreciação, o órgão jurisdicional, ao sindicar o “não-fazer” pretensamente lesivo do Poder Público, deverá recorrer à identificação do contexto constitucional autorizador do referido controle, buscando aí a legitimidade para comandar a atuação da Administração, dado que a implementação de políticas públicas ou a alteração de diretrizes referentes a políticas e programas sociais já operantes, componha atividade precípua do Executivo.

Se por um lado, tanto Legislativo quanto Executivo ostentam legitimidade democrática em função do *modus* através do qual exercidas as funções a eles atinentes, isto é, em decorrência de mandato eletivo conferido pelo voto popular – e mesmo por isso detém primazia no atendimento do interesse público mediante a concepção, implantação e regulação de políticas públicas –, a mesma assertiva não toca, por via direta, o Poder Judiciário.

O exercício da função jurisdicional do poder encontra sua legitimidade, ao revés, por via reflexa, seja no plano normativo, seja no plano filosófico (BARROSO, 2009, p. 8-9).

A justificação normativa para a sustentada “legitimidade política”⁴ decorre da própria Constituição Federal, que atribui este poder ao Judiciário, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal como guardião precípua da Carta Magna.

No corte filosófico, acentua Barroso que

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. (BARROSO, 2009, p. 9)

A dificuldade aparente reside na apriorística distorção presente em casos quais o Judiciário se sobreponha a decisões apoiadas na “vontade popular”. É o que a doutrina denomina “dificuldade contramajoritária” (Cf., entre outros, BICKEL apud BARROSO, 2009; TROPER, HOLMES, FRIEDMAN, apud PEREIRA, 2008).

³ Cf. art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

⁴ Aqui concebida como extrapolação da apreciação meramente técnico-jurídica, do direito controvertido em juízo.

Rodolfo Viana Pereira esclarece que

A controvérsia [desafio contramajoritário] se nutre da seguinte assertiva: o postulado democrático, fundado no dogma da soberania popular, seria prejudicado no contexto do constitucionalismo dada a existência de limites impostos por esse ao livre exercício do poder soberano. (PEREIRA, 2008, p. 54)

O Judiciário, enquanto coparticipante do processo de criação do direito mediante a sua aplicação, não deverá representar entrave à realização do princípio democrático, mas sim estar vocacionado à efetivação da democracia, objetivo de difícil alcance quando a inércia do Poder Público subtrai ao cidadão a prerrogativa de exercício efetivo de direitos constitucionais.

Com Dirley da Cunha Júnior, afirma-se que

[...] quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle do Poder Público. (apud APPIO, 2008, p. 135)

Parece possível invocar, *a fortiori ratione*, a superação da dificuldade contramajoritária como referencial de legitimação também nos casos em que o Poder Judiciário enfrente a omissão administrativa.

Isso porque, se a legitimidade constitucional do Judiciário alcança a possibilidade de invalidação de atos do Poder Público, ainda que praticados por agente político batizado na vontade popular (BARROSO, 2009, p. 8), nos casos em que o não fazer da Administração obste o exercício de direito constitucional – e, conseqüentemente, o exercício pleno da cidadania, pressuposto da participação emancipada na democracia –, estará, ainda, preservada a legitimidade de atuação daquele Poder.

O controle nos moldes em ora sustentado revela protagonismo jurisdicional compreendido na atuação proativa dos juízes e tribunais, como representantes indiretos da vontade popular, pautados não por vontade política própria, mas pela observância sistêmica do ordenamento jurídico, em cujo contexto deve respeitar a prevalência das escolhas legislativas existentes e, quando necessário, preencher cláusulas constitucionais abertas ou fluidas (BARROSO, 2009, p. 14).

Na perspectiva de que o controle jurisdicional operado sobre a omissão da Administração – violadora de comando constitucional e obstativa do exercício de direitos de igual estatura – importará determinação de implementação de políticas públicas ou a ingerência no desenvolvimento daquelas já implantadas, cumpre tecer algumas considerações sobre esta particular temática.

3 O COMPORTAMENTO NEGATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ORDEM CONSTITUCIONAL

Na perspectiva contemporânea do Direito “oxigenado” pelo Texto Constitucional, bem como com vistas a clarificar o objeto de investigação proposto neste trabalho, acentua-se a diferenciação entre comportamento positivo e negativo, como espécies do gênero “comportamento administrativo”.

Com a viragem hermenêutica do constitucionalismo no segundo pós-guerra, a ciência jurídica sofreu profundas alterações, pelo que todos os demais campos do conhecimento jurídico sofreram irresistíveis influxos das regras e princípios constitucionais.

Luís Roberto Barroso afirma que

O direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. (BARROSO, 2003, p. 325-326)

A perspectiva pós-positivista alcança, assim, o constitucionalismo e a hermenêutica constitucional, promovendo “[...] uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”. (BARROSO, 2003, p. 326).

O referido autor, a par de uma digressão histórica do papel desempenhado pelos princípios em diversos contextos histórico-sociais, esclarece que

Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. (BARROSO, 2003, p. 327, grifo do autor)

Corroborando a compreensão contemporânea do Direito por princípios, acentua Germana de Oliveira Moraes que, “[...] como fruto da constante e renovada relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ‘direito por regras’ do Estado de Direito cedeu lugar, no constitucionalismo contemporâneo, ao ‘direito por princípios’.” (2004, p. 25).

A Constituição passa a ser, portanto, o paradigma interpretativo a orientar toda e qualquer “movimentação jurídica” havida no ordenamento, seja ela endógena (processo legiferante e emanção de atos normativos) ou exógena (interpretação e aplicação de normas e princípios). “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo”, conforme observam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (apud BARROSO, 2003, p. 340, grifo do autor).

Com a Ordem Constitucional inaugurada em 1988 e o arcabouço principiológico que dela inexoravelmente decorre, inúmeros princípios consagraram-se no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, aqueles afetos ao regime jurídico administrativo norteadores da Administração Pública.

Nesse contexto, a Constituição Federal comete ao Estado, aí compreendidos os diversos entes que o compõem, determinados “deveres”, ora de natureza programática, como sói acontecer naquele Texto (a exemplo do art. 170, da CR/88, que estabelece diretrizes para a efetivação dos fins sociais do Estado), ora mais diretos e pragmáticos (como no art. 5º, LXXIV, que prevê a prestação de assistência judiciária gratuita pelo Estado, dispositivo regulamentado pela Lei n.º 1.060/1950). A partir destes deveres é possível depreender uma “rede” de comandos que o legislador originário pretendeu fosse por ele (Estado) atendida.

O Estado deve, assim, visando ao seu desiderato último de persecução do interesse público, viabilizar diversas atividades e sua respectiva fruição a partir das quais a sociedade, sob sua égide, pode caminhar rumo ao amadurecimento democrático e à plenitude da cidadania. Tais prestações configuram incumbência do Poder Público, que deverá entregá-las à coletividade diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, conforme previsto no art. 175, da Constituição brasileira.

Parece claro, portanto, que algumas atividades estatais inexoravelmente dependentes de prestações positivas do Poder Público, encontram previsão expressa no Texto Constitucional. É o caso da educação, “direito de todos e dever do Estado e da família”, e da saúde, “direito de todos e dever do Estado”, previstos, respectivamente, nos arts. 205 e 196, da Constituição Federal.

prestação de serviços de saúde e educação depende, por certo, da adoção, pelo Poder Público, de medidas concretas, comportamentos positivos no sentido de instrumentalizar, de viabilizar materialmente o acesso dos utentes aos referidos serviços, o que, no exemplo invocado, consubstanciaria a construção de espaços físicos, a disponibilização de pessoal capacitado, o oferecimento de equipamentos próprios, enfim, a estruturação efetiva de políticas públicas viabilizadoras da criação e manutenção de escolas, hospitais, centros de referência médica e educacional, dentre outros capazes de imprimir eficácia à norma constitucional e possibilitar o pleno exercício do direito constitucionalmente conferido ao cidadão.

Em primeira ordem, a premência de atuação positiva do Poder Público como condição *sine qua non* para o exercício de direitos – alguns com guarida constitucional – decorre dos princípios constitucionais a que está ele adstrito (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), merecendo especial atenção aqueles atinentes à legalidade e à eficiência.

De outro lado, a vinculação jurídica a este arcabouço principiológico não é suficiente à instrumentalização e efetivação dos direitos (para o cidadão) e deveres (para o Estado) constitucionais, cuja reverberação no plano material depende, ainda, de atuação concreta revelada na implantação de políticas públicas, que mobilizam receitas e despesas orçamentárias.

Resgate-se, por oportuno, o exemplo da saúde, direito social previsto no art. 6º, da Constituição Federal, dever do Estado por comando expresso do art. 196, daquele Texto. Não raro o Poder Judiciário tem sido instado a decidir sobre a entrega, pelo Poder Público, de medicamentos indispensáveis à proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Tome-se o exemplo do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº RE 607.381 AgR / SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Na espécie, o Estado de Santa Catarina interpôs o Extraordinário (que, inadmitido, ensejou a interposição do Agravo) em face de decisão proferida pela Justiça Federal, em demanda movida com o fito de determinar ao ente federado o fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. O acórdão recorrido no Colegiado Regional, reconhecendo a solidariedade entre os entes federativos para fornecimento de

medicamentos e a possibilidade de se exigir a prestação integral de qualquer um deles, cabendo a escolha à parte autora, determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual, negando ao Estado de Santa Catarina, Réu, a possibilidade de chamar ao processo os demais coobrigados.

O expediente processual fora reputado ilegítimo entrave processual à resolução do feito e, conseqüentemente, à satisfação do direito pleiteado (acesso à saúde, garantido pela Constituição Federal e erigido ao patamar de direito fundamental e dever do Estado), e por isso mesmo fora afastado na instância originária e no Supremo Tribunal Federal, denegado seguimento ao Recurso Extraordinário e negado provimento ao Agravo Regimental.

A respectiva ementa se afigura elucidativa à questão ora enfrentada:

[...] 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (BRASIL, 2011, p. 589; grifos acrescidos)

No mesmo sentido, embora versando sobre o dever de prestação de serviços de educação infantil em creches e pré-escolas, a decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n.º ARE 639.337 AgR / SP, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, também se presta a ilustrar a investigação. No caso, o Município de São Paulo, sucumbente em ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, na qual lhe foi imposta obrigação de matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de suas residências, interpôs Recurso Extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça Estadual, que em Reexame Necessário confirmou a referida decisão. Negado seguimento ao Extraordinário em sede de Agravo, o Município de São Paulo interpôs Agravo Regimental, ao qual fora igualmente negado provimento.

Salientou-se, portanto, a viabilidade do controle jurisdicional da omissão administrativa, calcado no reconhecimento de que ao Poder Público não é dado demitir-se de comandos constitucionais mandatórios e impositivos, conforme ementa:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível [...] (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] **Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** [...] (BRASIL, 2011, grifo acrescentado)

Embora longe de consubstanciar consenso, a questão parece perpassar a necessária aferição do conteúdo constitucional do direito violado com a omissão administrativa eventualmente impugnada. Noutros termos, a premissa elementar para caracterização da sindicabilidade da omissão administrativa deve derivar do próprio Texto Constitucional.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 57) acentua que o controle da atividade administrativa já não cabe no panorama tradicional de controle de cunho objetivo focado no ato administrativo, “perscrutado elemento por elemento”, mas ganha dimensão subjetiva de cunho finalístico, abandonando a condição de “instrumento em defesa da legalidade benevolmente confiada aos cidadãos” para galgar o patamar de “direito processualmente garantido ao cidadão” de obter tutela jurisdicional voltada à proteção de um direito material concreto.

A aferição da viabilidade jurídica do referido controle deve, portanto, ser levada a efeito mediante a perquirição quanto à estatura constitucional, tanto do comportamento omitido, quanto do direito a ele correlato e dele dependente.

No exposto panorama, o controle exercido pelo Poder Judiciário acerca da omissão administrativa violadora de comando constitucional direto e impositivo, referente a negativa de implementações das quais o exercício de direitos – de estatura igualmente constitucional – dependa diretamente, afigurar-se-á lídima afirmação da unidade, efetividade e força normativa da Constituição, capaz de minorar as “[...] mazelas da Administração para as quais os controles juspolíticos tradicionais da democracia representativa se mostram cada vez mais insuficientes.” (MOREIRA NETO, 2008, p. 60).

O referido “controle positivo”⁵, afirma-se, tem o condão de resguardar a dignidade humana enquanto fundamento da República (Cf. art. 1º, inc. III, da Constituição Federal) compreendida, sobretudo, como “autonomia” pública do indivíduo, conforme acentua Luís Roberto Barroso:

Finalmente, ligado à ideia de dignidade humana está o conceito de *mínimo existencial*, também referido como mínimo social ou direitos básicos à provisão de condições adequadas de vida. Igualdade, em sentido material, e especialmente autonomia (privada e pública), são ideias dependentes do fato de que os indivíduos são “livres de querer” [satisfeitos], o que significa que suas necessidades vitais essenciais estão satisfeitas. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam transpor as fronteiras mínimas do bem estar, sem o que a autonomia é mera ficção. Isso requer o acesso a algumas utilidades essenciais – como educação básica e serviços de saúde – bem como a algumas necessidades elementares, como alimento, água, vestuário e moradia. O mínimo existencial, portanto, é o conteúdo nuclear dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como verdadeiros direitos fundamentais – e não meros privilégios dependentes do processo político – é bastante controversa em alguns países. Sua aplicabilidade é complexa e problemática em todo lugar. A despeito destes desafios, a ideia de direitos sociais mínimos que podem ser protegidos por tribunais, e que não sejam inteiramente dependentes de ação legislativa, tem sido aceita pela jurisprudência de diversos países, incluindo Alemanha, África do Sul e Brasil. (BARROSO, 2011, p. 46-47, grifo do autor, tradução nossa)⁶

⁵ O termo faz alusão à diferença quase “vetorial” entre o controle jurisdicional classicamente operado sobre os atos administrativos, cujo escopo é a invalidação de ato da Administração (controle negativo, desconstitutivo do ato impugnado), e aquele operado sobre a inércia do Poder Público, através do qual o Judiciário imputa a prática de prestações, determinando o comportamento comissivo da Administração Pública.

⁶ No original: “Finally, attached to the idea of human dignity is the concept of *existential minimum*, also referred to as social minimum or the basic right to the provision of adequate living conditions. Equality, in a substantive sense, and especially autonomy (both private and public), are dependent on the fact that individuals are “free[] from want,” meaning that their essential needs are satisfied. To be free, equal, and capable of exercising responsible citizenship, individuals must pass minimum thresholds of well-being, without which autonomy is a mere fiction. This requires access to some essential utilities, such as basic education and health care services, as well as some elementary necessities, such as food, water, clothing, and shelter. The existential minimum, therefore, is the core content of social and economic rights, whose existence as actual fundamental rights – not mere privileges dependent on the political process – is rather controversial in some countries. Its enforceability is complex and cumbersome everywhere. Notwithstanding these challenges, the concept of minimum social rights that can be protected by courts, and that are

Ricardo Lobo Torres franqueia esclarecedora proposta conceitual acerca do aludido “mínimo existencial”, enquanto componente nuclear da dignidade humana:

Os mínimos sócias, [...] ou mínimo social (*social minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (*Existenzminimum*), ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram o conceito de direitos fundamentais. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas.

[...] Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as necessidades materiais da existência não retrocedem aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 2008, p. 313-314, grifos do autor)

Esboçado o desenho dos pressupostos constitucionais de aferição quanto à viabilidade do controle externo da inércia do Poder Público, cumpre avançar sobre questões outras que também compõem o mar revolto da sindicabilidade judicial da omissão administrativa, sobretudo aquelas atinentes à interferência pelo Poder Judiciário na implementação e/ou desenvolvimento de políticas públicas, seara essencialmente afeta aos demais poderes republicanos, quer mediante a atividade legiferante, quer mediante a regulamentação e efetivo cumprimento do produto daí advindo.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sobre o conceito de “políticas públicas”, Jean Carlos Dias esclarece tratar-se de “[...] sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”. (apud APPIO, 2008, p. 133).

No mesmo sentido, Eduardo Appio, em particular proposta conceitual, anota que as políticas públicas configuram

not entirely dependent on legislative action, has been accepted by case law in several countries, including Germany, South Africa, and Brazil.”

[...] instrumento de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. [...] As políticas públicas simbolizam, portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução de projetos governamentais das sociedades contemporâneas, motivo pelo qual se revela crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo. (APPIO, 2008, p. 136)

No paradigma de Estado de Direito forjado na Constituição Federal de 1988, na qual a cidadania e a dignidade humana figuram como valores fundamentais da República brasileira, a sindicabilidade judicial de políticas públicas desempenha papel de relevo, sobretudo à vista das pungentes disparidades sociais que acometem o projeto de democracia consignado no Texto Constitucional.

Cezar Saldanha Souza Júnior, sobre as políticas públicas e o Estado contemporâneo, percebe que “[...] as necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal que estavam fora do âmbito da política”. (apud APPIO, 2008, p. 143).

Por isso mesmo, o atendimento a essas demandas deve ser viabilizado mediante a formulação, implantação e desenvolvimento politicamente legítimo e operacionalmente sustentável, capaz de franquear as bases materiais imprescindíveis ao exercício da cidadania.

Seria, entretanto, temerário defender o intervencionismo judicial na formulação de toda e qualquer política pública, sob pena de desautorizada ingerência na essência funcional dos demais poderes da República, aos quais o legislador constituinte pretendeu cominar a captação das demandas provenientes da sociedade, a eleição das prioridades e o seu respectivo atendimento, respeitadas as imposições constitucionais e infraconstitucionais para tanto.

Impõe-se, portanto, a distinção entre os casos em que o direito subjetivo público dependa de regulamentação legal, relegado ao juízo de oportunidade e conveniência da Administração, e os casos em que a norma confira àquele direito um elevado grau de concretização (invoque-se aqui, novamente, os exemplos da educação fundamental e da saúde, amparados, respectivamente, nos arts. 196, e 208, inc. I, da Constituição Federal), o que viabilizaria a tutela jurisdicional direta dos aludidos direitos. (APPIO, 2008, p. 153).

Compreendendo-se a Constituição, conforme propugna Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 56), como “[...] estatuto do poder estatal dotado de máxima normatividade”, a

verificação essencial de sindicabilidade da inércia administrativa deve estar orientada à aferição da estatura constitucional do direito dependente do ato omitido, mas não apenas. Deve-se aferir, ainda, a natureza fundamental do direito cujo exercício encontre óbice na lacuna de atuação do Poder Público.

A avaliação teórica de controlabilidade de eventual omissão da Administração Pública pelo Poder Judiciário, isto é, a aferição de legitimidade da via jurisdicional para a implantação e/ou intervenção na execução de políticas públicas, depende do resultado de um verdadeiro teste de conformidade constitucional, em que se verifique: i) se existe comando constitucional que diretamente cometa ao Estado a tutela do direito para cujo exercício seja imprescindível a atuação do ente público; ii) se o referido direito, além de revestido de estatura constitucional, ostenta natureza de direito fundamental, cuja violação fragiliza a própria condição de dignidade imanente ao cidadão.

Saulo Versiani Penna adverte que

O caminho, portanto, a ser trilhado para o controle e implementação das chamadas “políticas públicas” pela via processual judicial é entendê-las sob o aspecto principiológico e fundamental, isto é, reconhecendo como sindicáveis aquelas que representam garantias mínimas da sociedade e afetem diretamente o interesse coletivo visado pela Carta Constitucional. (PENNA, 2011, p. 217)

Nesse sentido, retoma-se a ideia de direitos fundamentais como identificadores da origem e parâmetro das políticas públicas, ou como suporte legitimador para sua criação, controle e execução.

Note-se que a aferição do caráter fundamental do direito a que se alude não é a mera indicação no Texto Constitucional, mas a possibilidade de ser-lhe aplicada uma argumentação jusfundamental, conforme anota Alceu Mauricio Jr., valendo-se de fundamentações teóricas propostas por Robert Alexy:

Duas questões precisam ser levantadas neste ponto. Em primeiro lugar, podemos aplicar esse critério [possibilidade de argumentação jusfundamental] para identificar a fundamentalidade de um direito na Constituição de 1988? Se positivo, todos os direitos do Título II de nossa Constituição são direitos fundamentais em razão do próprio enunciado do título “Dos direitos e garantias fundamentais”?

À primeira pergunta, entendemos que a resposta deve ser afirmativa, pois como Alexy conclui ao final de seu raciocínio, o que importa verdadeiramente não é a simples indicação da norma constitucional, mas a possibilidade de ser-lhe aplicável uma argumentação jusfundamental. [...] Primeiramente, deve tratar-se de interesses e carências “que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito. [...]

A outra condição é que “o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade a seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”. (MAURICIO JR, 2009, p. 44)

E segue na resposta o aludido autor:

[...] Quanto à segunda questão, entendemos que não é possível considerar que todos os direitos do Título II de nossa Constituição sejam direitos fundamentais. Quem pretender utilizar a teoria de Alexy como argumento para afirmar que todos os direitos do Título II são fundamentais, precisa rebater os argumentos do próprio Alexy [...]. (MAURICIO JR, p. 45)

O referido critério de jusfundamentação parece prestar-se à integração do teste então proposto, na medida em que possa operar a filtragem dos direitos que, à luz da Constituição Federal, suportem uma argumentação de jusfundamentalidade tal que o óbice ao seu exercício – por um comportamento omissivo do Poder Público –, enseje, no caso concreto, a sindicabilidade da carência de atuação pelo Judiciário.

Não se olvida, entretanto, que a despeito da autorização constitucional, nos moldes em que proposta, a efetivação do controle jurisdicional de políticas públicas não pode se furtar ao enfrentamento de questões igualmente relevantes, sobretudo no que concerne à operacionalização do aludido controle, como, por exemplo, a “reserva do possível”, compreendida como “[...] o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. (MAURICIO JR., 2009, p. 61).

Por certo, a temática da reserva do possível constitui, *per se*, desafio suficiente a preencher estudo autônomo. Cabe, entretanto, invocar como reforço as ideias de Andrés J. Krell, para quem “[...] a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte dos municípios, estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais”. (apud MAURICIO JR., 2009, p. 64).

5 CONCLUSÕES

O sistema jurídico-constitucional brasileiro adotou o princípio da unicidade jurisdicional, do qual é corolário o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segurança jurídica de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão

a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário, a reboque do que é forçoso, portanto, reconhecer-se que não pode prosperar qualquer manifestação que afaste ou pretenda afastar, da tutela jurisdicional, a apreciação de toda sorte de lesão capaz de inviabilizar ou turbar legítimo exercício de direito, seja tal lesão perpetrada ou iminente, proveniente de particulares ou da própria Administração Pública.

No hodierno contexto em que a conformidade constitucional da realidade fática constitui missão do Direito, é imprescindível que os princípios norteadores da atuação do Poder Público, caros à estrutura jurídico-social já conquistada, sejam efetivamente observados, a despeito do que é também de primeira ordem evitar que, a pretexto de observância (míope) de tais princípios, seja inviabilizada a consecução do valor mais vividamente aspirado pela Ordem Constitucional e pelo Estado brasileiro, qual seja, a efetivação plena do Estado Democrático de Direito mediante o exercício da cidadania e da afirmação da dignidade humana.

O cumprimento de tais objetivos encontra robusta barreira quando o exercício de direitos, especialmente aqueles afetos ao “mínimo existencial” indispensável à condição de dignidade e, conseqüentemente, de cidadania, depende de atuação positiva do Poder Público, sem a qual não se instrumentaliza, não se viabiliza materialmente o gozo daqueles direitos.

No panorama desenhado, o protagonismo jurisdicional, compreendido como o controle ativo do Poder Judiciário sobre a implementação e execução de políticas públicas, emerge como fenômeno que, embora não infenso a críticas e dificuldades de compatibilização teórica – e, principalmente, de instrumentalização fática, sobretudo quanto à disponibilidade orçamentária –, constitui instrumento idôneo para o controle da omissão administrativa, seara delicada em que o não fazer do Poder Público exaspera as vicissitudes opostas ao bem desenvolver do Direito, da paz social e dos valores constitucionais sobre os quais se deposita a essência da cidadania.

Com efeito, a sindicabilidade do comportamento administrativo pelo Poder Judiciário tem sido objeto de releituras consentâneas com a interdependência constitucionalmente prescrita às relações inter-poderes, assinalada no Texto Constitucional brasileiro pela conjugação – erigida à condição de princípio fundamental – entre independência e harmonia.⁷

Assim, a aferição da legitimidade do controle jurisdicional sobre omissões administrativas obstativas do exercício de direitos, sanáveis mediante a implementação material

⁷ Cf. art. 2º, da Constituição Federal.

de políticas públicas ou da adoção de comportamento positivo do Poder Público, deve orientar-se pela aferição primária da existência cumulativa de condicionantes constitucionais.

A primeira, concernente à existência de comando constitucional que, diretamente, cometa ao Estado a tutela do direito para cujo exercício seja imprescindível a atuação (material, instrumental) do ente público.

A segunda, por sua vez, referente à verificação se o direito obstado pela inércia estatal, além de revestido de estatura constitucional, ostenta natureza de direito materialmente fundamental – que comporte argumentação jusfundamentalizante –, cuja violação fragiliza a própria condição de dignidade imanente ao cidadão.

Verificadas tais condições, o controle jurisdicional da omissão administrativa encontra legitimidade não só em decorrência da garantia processual constitucional de inafastabilidade da jurisdição, mas também no relevante potencial, ostentado pelo Poder Judiciário, de conformação constitucional do comportamento administrativo e de garantia de efetivação da cidadania.

Não se autoriza, portanto, a ingerência judicial ao arripio da Constituição, mas a instrumentalização de um controle voltado à efetividade de direitos e à tutela do cidadão, mesmo porquanto o Poder Judiciário não se pretenda (e nem poderia sê-lo) substitutivo das funções essenciais originariamente cometidas ao Executivo, mas complemento eficaz de mitigação das omissões repudiadas pela Constituição, ameaçadoras ao exercício efetivo de direitos fundamentais, por sua vez indispensáveis à investidura e manutenção do indivíduo na condição de dignidade que a cidadania pressupõe.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Discrecionariade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “Here, there and everywhere”: human dignity in contemporary law and in the transnacional discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**. Boston, v. 35, n. 2, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945741>. Acesso em 08 jun. 2012.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Migalhas**. Rio de Janeiro, 2009. Seção Migalhas de Peso. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em 09 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Processual Civil. Direito à saúde (art. 196, CF). Fornecimento de medicamentos. Solidariedade passiva entre os entes federativos. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (607.381/SC). Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Luciano Ângelo Cardoso e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. 17 de junho de 2011. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/218_1.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2012.

_____. Constitucional. Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças. Educação infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo (639.337/SP). Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessados: Promotor de Justiça da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro; ACC e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+639337%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública:** tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAURICIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias:** a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, C.; ESTEVES, J.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas Públicas:** possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** Campinas: Servanda, 2010.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais. In: NETO, C. P. S; SARMENTO, D. (Coords.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.