

## O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

*Eliane Pires Araújo*

THE JUDICIAL CONTROL OF THE PUBLIC POLICIES  
IN FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

### RESUMO

A garantia dos direitos fundamentais é condição indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito, fundado pela Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais sociais dependem, para a sua realização, da elaboração e da implementação de políticas públicas, as quais são incumbência constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo. A atividade judiciária asseguraria a fruição desses direitos fundamentais em caso de inércia ou ineficiência dos demais entes estatais. Trata-se de uma reinterpretação do princípio da separação dos Poderes, com vistas a adequar o texto constitucional à realidade. A superação de questões como a ilegitimidade democrática e o hiperativismo judicial será feita pelo maior preparo do magistrado em sua atuação, já que as decisões sobre a matéria exigem uma motivação qualificada. A reserva do possível deve ser reinterpretada para se adaptar à realidade brasileira. Não é outro o entendimento dos tribunais superiores. O controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais, portanto, é legítimo.

» **PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS SOCIAIS. POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JUDICIAL. LEGITIMIDADE.

### ABSTRACT

*The assurance of the fundamental rights is an indispensable condition for the consummation of the Democratic State of Law, founded by the 1988 Federal Constitution. For their achievement, the fundamental social rights depend on the elaboration and implementation of public policies, which are a constitutional responsibility of the Legislative and Executive Powers. The judiciary activity would ensure the fruition of these fundamental rights in case of inertia or inefficiency by the others public organizations. It's a reinterpretation of the Principle of Separation of Powers in order to adapt the constitutional text to the reality. The overcoming of issues such as the democratic illegitimacy and the judicial hyperactivity will be made by a better preparation of the magistrate in his acting, since his decisions on the matters requires a qualified motivation. The possible reservation must be reinterpreted to be suitable to the Brazilian reality. It isn't the other understanding of the Superior Courts. Therefore, the judicial control of public policies on fundamental social rights is legit.*

» **KEYWORDS:** FUNDAMENTAL RIGHTS. SOCIAL RIGHTS. PUBLIC POLICIES. JUDICIAL CONTROL. LEGITIMACY.

### INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O estudo da possibilidade de o Poder Judiciário controlar políticas públicas que versam sobre direitos fundamentais sociais é recente e exige a análise de questões várias, como a definição e conceituação do que se entende por “políticas públicas”, a interpretação do princípio da separação dos Poderes, a verificação da legitimidade democrática daquele, a questão da falta de capacidade do magistrado para análises macroestruturais, a escassez de recursos públicos e a efetividade dos direitos sociais, entre outras tantas.

A delimitação constitucional de competências reservou aos Poderes Legislativo e Executivo a responsabilidade para a formulação e

implementação de políticas públicas sobre direitos fundamentais sociais. Entretanto, tais poderes descumprem habitualmente o dever constitucionalmente estabelecido. A ineficiência da Administração na concretização de tais direitos é acentuada pela coexistência da precariedade de serviços públicos indispensáveis e da ausência de direitos básicos com altas rubricas gastas com publicidade governamental.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 5º, inciso XXV, “que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a disparidade entre a realidade e o texto constitucional resultou na expressiva judicialização dos direitos sociais. Isto porque, com o advento da Carta de 1988, a qual se insere no movimento neoconstitucionalista, fortaleceu-se a instituição Judiciário, foram criados novos direitos, ampliou-se a conscientização das pessoas em relação aos seus direitos, e, principalmente, a Constituição passou a ter efetiva força normativa.

É notória a grande extensão da matéria. Assim, o estudo aqui proposto limitar-se-á à análise, doutrinária e jurisprudencial, da legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, objetivando explicar as razões que a justificam e rechaçar críticas formuladas contra esse controle.

## 1 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

### 1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são espécie do gênero “direitos fundamentais”, integrando o Capítulo II do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da nossa Constituição de 1988. Eles são genericamente enunciados no artigo 6º, a saber:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais, também denominados de “direitos de segunda dimensão” – juntamente com os direitos econômicos e culturais –, foram concebidos historicamente para fazer frente às mudanças nas relações sociais, políticas e econômicas provocadas, entre outros fatores, pela Revolução Industrial do século XIX.

O liberalismo econômico e político adotado pelos Estados culminou no reconhecimento de direitos dos cidadãos contra a opressão e o intervencionismo governamental. Os direitos civis e políticos – “direitos de primeira dimensão” – voltaram-se à tutela das liberdades clássicas, compreendendo o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à segurança e à igualdade perante a lei. Nessa medida, o papel do Estado se reduziu à não ingerência nas relações privadas.

A passividade do Estado nas relações travadas entre os indivíduos revelou-se, entretanto, insuficiente perante as demandas sociais. A eclosão da Primeira Guerra Mundial, já no século XX,

tornou mais nítidos os desequilíbrios provocados pela política do *laissez faire et laissez passer*, notadamente, a concentração de capital e a conseqüente desigualdade social.

Para fazer frente às opressões socioeconômicas, os indivíduos buscaram a proteção do Estado. Ao rechaço do abstencionismo do Estado Liberal, os direitos sociais demandaram o reconhecimento de uma igualdade material, em conformidade com a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade. É nesse contexto de intervenção estatal nas relações socioeconômicas que surge o Estado do Bem-Estar Social.

A fruição desses direitos exige atuações positivas do Estado. Nessa seara, observa Dirley da Cunha Júnior que “os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais” (2009, p. 716-717, grifos do original).

A necessária intervenção do Estado para sua implementação é aspecto diferenciador da exigibilidade dos direitos sociais quando confrontados com os direitos civis e políticos. Sobre esse ponto, elucida Clarice Seixas Duarte:

Tradicionalmente, no modelo do Estado Liberal clássico, a exigibilidade individual de direitos civis e políticos sempre esteve calcada no reconhecimento de uma posição jurídica que confere aos seus titulares a possibilidade de barrarem qualquer intervenção estatal indevida em sua esfera própria de liberdade. De acordo com esta concepção, o que se pretende é uma omissão (conduta negativa) dos Poderes Públicos: não agir de forma arbitrária, ou seja, desrespeitando os parâmetros legais previamente estabelecidos. Entretanto, a busca por um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica mas também material e efetiva – grande bandeira dos direitos sociais –, exige uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna (2004, p. 113-118 *apud* SILVEIRA, 2010, p. 55).

José Afonso da Silva, nesse sentido, conceitua os direitos sociais como sendo

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam as condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (2009, p. 286-287).

Em apertada síntese, pode-se concluir: uma vez que os direitos sociais demandam medidas destinadas à redução das desigualdades, exigem-se do Estado, para que se possam concretizá-los, prestações positivas, impõem-se obrigações de fazer. Diante do reconhecimento dessas necessidades, as políticas públicas surgem como principal instrumento de efetivação desses direitos de cunho prestacional. Noutras palavras, as políticas públicas têm como objetivo primordial concretizar os direitos sociais.

## 1.2 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Partindo-se da premissa de que a realização dos direitos fundamentais sociais pelo Estado depende da elaboração e da implementação de políticas públicas, é necessário, agora, esclarecer o que se entende por “políticas públicas”.

Preliminarmente, cabe advertir que se trata de termo polissêmico, não havendo na doutrina e jurisprudência pátrias uniformidade quanto à sua definição, especialmente porque a expressão “política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.” (BUCCI, 2006, p. 46).

Para Maria Paula Dallari Bucci, pode-se definir o termo como sendo

o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados (2006, p. 39).

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho doutrina, sob viés constitucionalista, que as políticas públicas

a) são linhas de ação estatais, que conjugam meios para alcance de determinado resultado; b) devem, necessariamente, observar os parâmetros ditados pelas normas constitucionais; c) voltam-se para a implementação de direitos fundamentais que demandam ações estatais (2010, p. 98).

Para fins deste trabalho, pode-se conceituar a expressão como “os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los” (FREIRE JR., 2005, p. 48).

## 2 DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O controle das políticas públicas é tema recente na doutrina e jurisprudência pátrias. Embora tal fato esteja relacionado a sua complexidade, posto ser um estudo que envolve outras áreas do conhecimento além do saber jurídico (*v.g.*, política e economia), impende notar que a disseminação do seu estudo só foi possível com o desenvolvimento do que se convencionou denominar “neoconstitucionalismo”.

Em breve esboço, o neoconstitucionalismo proclama a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, guarnecida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade. O movimento, de construção histórica, enaltece a força normativa da Constituição, a qual deixa de ser um mero catálogo de competências e de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema de preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade.

Através deste movimento, o papel do Poder Judiciário ganha especial relevo na interpretação e na efetivação da Constituição, e o controle das políticas públicas se incorpora à agenda jurisdicional. Vanice Lírio do Valle enuncia as razões para tanto:

É geral o sentimento de inadequação ou, quando menos, desproporção entre os esforços do poder no rumo do cumprimento de seus deveres institucionais, e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania, tendo sempre por parâmetro de avaliação o texto constitucional. A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que

as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes pela falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro.

Some-se a isso a desconfiança em relação às estruturas de representação, e o resultado é apresentar-se o Judiciário como a instituição perante a qual possam desembocar as demandas atinentes às promessas constitucionais incumpridas – seja através de ações de cunho coletivo, que se apresentem em defesa do projeto de sociedade que a Carta de 1988 já enunciou; seja por intermédio de ações individuais, voltadas ao cumprimento de deveres prestacionais (2008, p. 4).

Em apertada síntese, pode-se concluir que: a constitucionalização do Direito, a judicialização dos problemas político-econômico-sociais, a ascensão institucional do Poder Judiciário e demais frutos do novo Direito Constitucional brasileiro despertaram o interesse da comunidade jurídica para a legitimidade do Poder Judiciário na apreciação das questões relativas à concretização dos direitos fundamentais – em especial dos direitos sociais –, enunciados na Carta Constitucional, e seu principal instrumento de efetivação, as políticas públicas.

## 2.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A incursão do Poder Judiciário na seara do controle das políticas públicas é, como visto, tema novo. Por intermédio da atividade judiciária, pretende-se garantir a fruição dos direitos fundamentais sociais nelas consubstanciados. Entretanto, a intervenção em espaço antes reservado aos Poderes Executivo e Legislativo ainda é criticada por parcela minoritária da doutrina sob o argumento de que o agir judicial nessa seara configuraria ofensa ao princípio da separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º da Carta Constitucional de 1988, *in verbis*:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Há que ressaltar que o Poder é uno e indivisível; logo, não se trata de uma separação de Poderes, mas sim de uma divisão de funções. Ademais, o Poder, emanado integralmente do povo (consoante parágrafo único do artigo 1º da Carta), encontra-se consubstanciado na Constituição, devendo a separação das funções executiva, legislativa e judiciária voltar-se para a efetivação dos princípios e normas nela guardados.

Cabe salientar, sem abordar a sua evolução histórica, que o atual conteúdo e alcance do princípio em comento se distancia da visão que dele se tinha no século XVIII. Em sua concepção clássica, a contenção do arbítrio estatal dar-se-ia pela divisão de funções a serem desempenhadas por cada Poder. Na lição de Felipe de Melo Fonte:

No instrumental teórico do Estado liberal, ao administrador competia decidir **onde** e **como** gastar o dinheiro público. Cometa-se ao legislador aprovar os gastos públicos (isto é, decidir o *quantum*) e fiscalizar a ação administrativa. Portanto, o processo de formulação das políticas públicas começava com a dotação orçamentária determinada pelo legislador, e acabava com a decisão específica e concreta do administrador. O juiz era relegado à condição de mero coadjuvante, e não devia se imiscuir neste procedimento. Em verdade, o Estado liberal não tinha nenhuma pretensão de intervenção na esfera social, o que justificava e contribuía para o absentismo judicial (2009, p. 2, grifos do original).

A certeza liberal de que a onipotência das leis aliada às forças de mercado seria capaz, por si só, de solucionar todos os problemas, agravou a desigualdade social. Diante da exigência de concre-

tização de uma igualdade material, verificou-se a necessidade da intervenção estatal, o que resultou no surgimento do Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*.

A evolução do Estado Liberal para o Estado Social, no qual são garantidos inúmeros direitos sociais aos cidadãos, contribuiu para a reinterpretação do princípio da separação dos Poderes. Afirmando a responsabilidade estatal na materialização de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a função judicial começa a migrar de uma postura passiva para uma postura mais ativa.

No sentir de Felipe de Melo Fonte, o modelo liberal da separação de Poderes só passa a ser questionado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, sendo múltiplas as suas razões:

[...] Primeiro, porque é neste momento em que o país passa a ter um texto constitucional com efetiva vocação normativa. As elites políticas já não buscam mais soluções fora da Constituição para resolver os seus impasses. Segundo, o Poder Judiciário e as carreiras jurídicas de forma geral, iniciaram virtuosa ascensão institucional pós-88. Finalmente, com o alargamento da justiça constitucional, em razão da ampliação da legitimidade ativa para a propositura de ação direta, o Direito constitucional finalmente emerge como disciplina fundamental no discurso acadêmico e na aplicação cotidiana do direito (2009, p. 2-3).

Frise-se que a importação simplista do dogma da separação influi na leitura que se faz da atividade jurisprudencial. É necessário adequar o modelo liberal inicialmente proposto ao que está concebido na nossa Carta Constitucional. Isto porque, uma vez que as políticas públicas são instrumentos de concretização dos direitos sociais e que os seus titulares busquem a sua efetivação por via judicial, é vedado, por mandamento constitucional, ao Poder Judiciário, escusar-se de solucionar as lides postas em juízo. Assim descreve a Lei Maior, em seu artigo 5º, XXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A mera alegação de que esta atuação fere o postulado da separação dos Poderes não é mais suficiente para afastar o seu controle, especialmente diante do estágio atual do Estado Democrático e Constitucional de Direito. Da superioridade da Constituição e da posição privilegiada que os direitos fundamentais ocupam no sistema jurídico decorre a necessária releitura do princípio em questão e, conseqüentemente, da função judicial.

Acentue-se que o aludido princípio não encontra fim em si mesmo, devendo ser aplicado como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, pondera Felipe de Melo Fonte que:

[...] Dentro da concepção jurídica em vigor, em que se assumiu a centralidade do texto constitucional, que por sua vez está impregnado de valores, o princípio da separação de poderes nada mais é que um instrumento em defesa dos próprios direitos fundamentais. Quando o princípio é invocado para impedir a concretização de tais direitos, sua utilização é contrária a sua finalidade intrínseca (2009, p. 15).

Equivalente apontamento é observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação

do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. [...] 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (STJ, REsp 1041197/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, 16/9/2009).

A nova ótica do princípio da separação dos poderes coaduna-se com a imprescindível busca pela materialização do texto constitucional. O Executivo e o Legislativo não são capazes de garantir tal cumprimento; logo, o Judiciário deve assumir esse papel, na tentativa de propiciar a efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa senda, o Poder Judiciário só é provocado a atuar quando há uma “disfunção política”, isto é, “um desvio do natural curso do interesse público, uma fuga do dever-poder que está na base do plexo de competências atribuído a cada um dos órgãos estatais como (re) presentantes do povo brasileiro e do projeto constitucional de sociedade” (ZANETI JR., 2011, p. 47). Não há incursão em esfera que lhe é imprópria, portanto. O controle jurisdicional apenas é exercido quando ausente ou ineficaz a atuação do Executivo e/ou do Legislativo.

Não se deve olvidar, entretanto, que essa postura judicial mais ativa não tem o condão de colocar referida função em situação de superioridade. Ao contrário, o redimensionamento da função judicial tem por pressuposto a supremacia da Constituição, a necessidade de eficazmente aplicá-la (cf. FREIRE JR., 2005, p. 42).

Saliente-se que as decisões judiciais não substituem a vontade do administrador ou do legislador. O Judiciário, ao resolver as questões em litígio, realiza o cumprimento da Constituição. Acrescente-se que as três funções devem atuar de forma a realizar os mandamentos da lei fundamental. A margem de discricionariedade porventura atribuída ao administrador para a aplicação da lei reside nos meios para a realização dos fins propostos pela norma, e não na possibilidade de concretizá-los ou não. Estabelecido o dever de realizar prestações, como no caso do direito à educação e à saúde, e havendo omissão na sua consecução, a atuação judicial é necessária para fazer valer o disposto na Constituição ou na lei.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que, embora a atribuição de implementar políticas públicas não se inclua entre as funções institucionais originárias do Poder Judiciário, tal incumbência lhe poderá, excepcionalmente, ser imputada, quando o Poder Público descumpra encargos político-jurídicos que sobre ele incidem em caráter impositivo e cuja omissão compromete a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatuto constitucional. Confira-se:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRI-

CULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA [...] LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES [...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. – A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes [...] (STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-177, de 1º/9/2011).

Como demonstrado, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas tem por escopo a preservação da supremacia da Constituição e a tutela dos direitos fundamentais nela consagrados. Tal postura decorre da nova e adequada leitura do princípio da separação dos Poderes.

## 2.2 DAS CRÍTICAS DEMOCRÁTICA E TÉCNICA

O controle judicial de políticas públicas enfrenta, ainda, críticas do ponto de vista democrático. Argumenta-se que as decisões tomadas por órgãos representativos (eleitos por via direta) não poderiam ser invalidadas por órgão judicial, despido de legitimidade democrática.

De fato, em termos ideais, a escolha de prioridades em um Estado Democrático de Direito é da competência da deliberação majoritária. Entretanto, na realidade brasileira, em que há diversas falhas no sistema de controle social – especialmente pela falta de transparência das decisões, pela quantidade de atos normativos editados que dispõe sobre uma mesma matéria, pelas diversas modificações nas leis orçamentárias levadas a cabo pelo Poder Executivo, entre outras –, o processo político democrático é prejudicado.

Além da questão da ilegitimidade democrática, duas outras objeções ao controle são feitas: i) a imparcialidade do juiz seria incompatível com o jogo político; e ii) a admissão do controle colocaria o Judiciário em situação de desigualdade com os demais Poderes, possibilitando-se a criação de um “superpoder” ou de uma “ditadura dos juízes”, uma vez que não haveria controle das suas decisões (cf. FREIRE JR., 2005, p. 51-53).

É necessário compreender que, no atual sistema constitucional, não há poder sem controle. Em primeiro lugar, há o controle social levado a cabo pelos cidadãos, seja pelos remédios constitucionais previstos, como a ação popular, *v.g.*, seja por intermédio da soberania do voto. Há, ainda, o controle realizado por órgãos competentes, como os Tribunais de Contas e o Ministério Público. Ademais, há no próprio controle realizado pelo Poder Judiciário a possibilidade de, em havendo inconformidade com a decisão prolatada, serem interpostos recursos para instâncias superiores.

Ressalte-se, ainda, que a vitaliciedade dos magistrados, ao contrário de “risco”, é fator de segurança do controle. Enquanto vigora, nos poderes eleitos, ditos “democráticos”, a ditadura do poder econômico, em que, na maioria dos casos, como amplamente divulgado pelos meios de comunicação, o interesse público é colocado em segundo plano para atender interesses dos particulares que colaboraram com campanhas eleitorais, no Poder Judiciário a vitaliciedade exerce a função de corroborar o desempenho imparcial do juiz, que se abstém dos interesses secundariamente envolvidos para julgar o caso em conformidade com os princípios e regras do ordenamento jurídico vigente e estabelecer a verdadeira justiça da lide.

Ana Paula de Barcellos defende que o próprio Estado republicano autoriza o controle das políticas públicas, uma vez que “a de legação envolvida na representação política não é absoluta; não se trata de um ‘cheque em branco’ que admite qualquer tipo de decisão ou conduta por parte do representante” (2005, p. 135).

Por força do neoconstitucionalismo, a Constituição passou a exercer papel de superioridade no ordenamento jurídico, vinculando a todos. A normatividade da Carta impõe a observância de seus preceitos, devendo o magistrado atuar na sua efetivação, ainda que em detrimento dos interesses da maioria. Centrando-se na proteção dos direitos fundamentais, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário se legitima na nova ordem constitucional, que propugna a prevalência dos direitos humanos.

Além disso, a legitimidade do controle é garantida pelo fundamento constitucional das Cortes. Destarte, “o mandato exercido pelo tribunal constitucional, embora não derive diretamente das urnas, tem seu fundamento último de legitimidade no próprio texto constitucional, que possui a qualidade de norma jurídica e deve ser aplicado por esta razão” (FONTE, 2009, p. 13).

Em decisão monocrática proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/2004, o Ministro Celso de Mello ressaltou que as omissões estatais que desrespeitam os direitos fundamentais vão de encontro aos preceitos constitucionais, razão pela qual se acentua a dimensão política do Supremo Tribunal Federal para julgar causa relacionada ao controle de políticas públicas. Cumpre transcrever trecho da decisão:

[...] Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel.

Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) [...] (STF, ADPF 45/2004, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/4/2004 e publicado no DJ de 4/5/2004).

Há que se atentar, ainda, para a função contramajoritária exercida pelas decisões judiciais nessa seara. Destaca, nessa linha, Marco Antônio da Costa Sabino que:

[...] o processo judicial é um meio de levar ao debate público direitos de minorias que, pelos processos políticos convencionais, talvez jamais seriam discutidos.

Nesse ponto, é de se destacar uma importante corrente do pensamento econômico do Direito que demonstra o quão importante é o processo judicial como *locus* de decisões judiciais, justamente para corrigir as falhas recorrentemente ocorrentes nos processos políticos triviais, oriundas de interesses pessoais dos políticos (mais poder, mais votos, perpetuação no mandato) e de grupos de pressão, que, usando dos interesses em jogo, fazem aprovar leis e regulamentos em seu prol, desvirtuando o desejo da verdadeira maioria. O processo político funcionaria como o Mercado, com a tomada de decisões embasadas na equação de **ganhos e perdas e custo e benefício** (2011, p. 365, grifos do original).

Tendo em vista que as políticas públicas se encontram originariamente no âmbito de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo – e, portanto, da democracia representativa –, o controle delas pelo Poder Judiciário exige maior preparo do magistrado na sua atuação. De fato, por não corresponder a sua atribuição típica, as decisões relativas às políticas públicas exigem uma “motivação qualificada”, isto é, maior motivação e coerência, de modo a afastar o “voluntarismo” ou “ativismo” judicial.

Nesse diapasão, Marco Antônio da Costa Sabino (2011, p. 364) defende que:

[...] as decisões judiciais são mais bem fundamentadas que aquelas tomadas pelos poderes políticos, que não necessitam de fundamentação alguma. Na mesma linha, o debate processual, marcado pelo *contraditório*, seria capaz de levar ao juiz mais robustos e consistentes argumentos sobre o direito colocado em juízo, o que o faria ponderar melhor os interesses antagônicos que sempre marcam os direitos sociais a fim de tomar a melhor decisão (grifos do original).

Em resumo, a objeção “democrática” apresentada ao controle judicial das políticas públicas não merece prosperar. Em primeiro lugar, em virtude da falta de confiança depositada pela população nas instituições democrático-representativas. Em segundo lugar, porque a garantia dos direitos sociais é pressuposto para o exercício da cidadania, razão pela qual o controle judicial de políticas públicas, em vez de “risco”, constitui importante fator de proteção da democracia. Em terceiro lugar, a aplicação do ordenamento jurídico decorrente da normatividade da Constituição não é incompatível com a democracia, já que típica a função do Judiciário de aplicar o direito ao caso concreto (SARMENTO, 2010, p. 560-561).

O controle judicial de políticas públicas enfrenta também críticas “institucionais”, relacionadas a sua falta de conhecimento técnico e de capacidade para análises macroestruturais, pressupostos para a formulação e execução daquelas pelo legislador e/ou pelo administrador.

Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que a crítica técnica é importante, uma vez que as deliberações acerca das políticas públicas pressupõem diálogo aberto e amplo com a sociedade, não possível no processo judicial, do qual participam apenas as partes legitimadas. Entretanto, assevera o autor que, em virtude das demandas sociais atuais, o magistrado não pode mais se restringir aos textos legais, devendo propiciar, no processo judicial, o diálogo com outras instituições e órgãos representativos da sociedade. O autor exemplifica que, para alcançar esse fim, “o Judiciário pode contar com perícias, com pronunciamento de *amicus curiae*; pode promover audiência pública da qual participem especialistas na matéria” (2010, p. 530).

Em termos conclusivos, o argumento de que o Judiciário não seria capaz de resolver questões de natureza macroestrutural é improcedente, mormente nas ações e processos coletivos. O próprio sistema jurídico brasileiro já incorporou soluções para essa objeção nos textos legais. A título de ilustração, a Lei nº 7.347/85 prevê, no âmbito das ações civis públicas, a possibilidade de realização de inquérito civil e a requisição de informações, exames ou perícias de qualquer organismo público ou particular. Ainda, a Lei nº 9.868/99, que disciplina regras para o controle abstrato de constitucionalidade, prevê a figura do *amicus curiae* (intervenção de entidades da sociedade civil nas ações em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal) e a possibilidade de o relator designar peritos e realizar audiências públicas. Como se nota, o objetivo destas Leis é permitir a participação popular nos processos em que seus interesses estejam em jogo, o que, portanto, legitima a atuação judicial e afasta o argumento de que esta carece de capacidade técnica para analisar a questão das políticas públicas, uma vez que novos atores são chamados para suprir as insuficiências do magistrado.

### 2.3 DO CUSTO DOS DIREITOS E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Outro argumento suscitado para impedir a concretização de direitos fundamentais é a dependência de previsão orçamentária e recursos financeiros para efetivar os direitos sociais. Antes de aprofundá-lo, porém, é preciso tecer alguns comentários a respeito do custo dos direitos.

Os direitos sociais demandam prestações positivas do Estado para a sua realização. Em virtude da necessidade de uma postura ativa do Poder Público, a doutrina clássica “costumava condicionar a eficácia dos direitos sociais à existência de recursos públicos disponíveis.” (FONTE, 2009, p. 22). Assim, argumenta-se que os direitos sociais não podem ser implementados pelo Poder Judiciário por exigirem custos.

É verdade que a implementação dos direitos sociais demanda custos. Entretanto, não se trata de exigência exclusiva destes, pois outros direitos também impõem gastos à Administração Pública. Tanto os direitos sociais quanto aqueles que determinam a abstenção do Estado pressupõem o dispêndio de recursos para a sua efetivação, embora os custos demandados por aqueles sejam de mais fácil visualização. A esse respeito, sintetiza Felipe de Melo Fonte que:

Disso tudo é possível constatar que o constitucionalismo de hoje, sugestivamente chamado de neoconstitucionalismo, não comporta mais as classificações simplistas, admitindo, assim, a complexidade dos institutos jurídicos. Reconhecer que todo direito tem um custo não resolve o problema dos direitos sociais, mas revela que há um forte componente ideológico na questão. A conclusão a que se chega neste tópico é que os direitos demandam dinheiro, e os custos variarão de acordo com a complexidade que lhes é intrínseca. Obviamente, na maioria dos casos os direitos de proteção serão mais baratos que os direitos a prestações, mas nos dois casos há custos envolvidos, e *a priori*, nada justifica uma precedência daqueles sobre estes (2009, p. 25-26).

Estabelecido que todos os direitos exigem uma postura, ativa ou abstencionista, do Estado e, por consequência, implicam ônus financeiro – sob pena de não passarem de meras promessas –, emerge a questão de a efetividade dos direitos estar ligada à existência de recursos públicos. Nessa medida, uma vez que as necessidades são inúmeras e os recursos escassos, a implementação dos direitos passa a ser condicionada ao “financeiramente possível”.

Nesse panorama de escassez de recursos, surge o tema da “reserva do possível”. Fernando Mânica resumidamente explica a origem da teoria, a qual foi mencionada em histórica decisão do Tribunal Constitucional Alemão, conhecida como *Numerus Clausus*:

No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual **‘todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação’** (2010, p. 11, grifos do original).

Em sua concepção original, a reserva do possível se traduziria no que o indivíduo poderia razoavelmente exigir do Estado, ou, em outras palavras, “significa entender que os direitos subjetivos a prestações dependem de um exame de razoabilidade da pretensão individual” (2009, p. 27). No panorama brasileiro, entretanto, a reserva do possível generalizou-se e se transformou em argumento simplista e retórico a favor da discricionariedade administrativa e contra a efetividade dos direitos fundamentais.

Convém ressaltar que atualmente tem-se interpretado a reserva do possível sob dois aspectos: o jurídico – impossibilidade de alteração do orçamento público por via judicial – e o fático – insuficiência de recursos.

Em relação ao primeiro, sintetiza Américo Bedê Freire Júnior que “é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas” (2005, p. 73-74).

Não obstante a necessária rigidez dos princípios e regras de direito orçamentário – mormente diante da frágil gestão dos recursos públicos feitas por quem de direito –, a fruição dos direitos fundamentais não pode ficar à mercê do previsto na dotação orçamentária.

Os administradores que se furtam do dever constitucional de concretização de tais direitos insistem na exasperação das despesas públicas. Argumentam que adimplir as ordens judiciais que determinam a implementação de políticas públicas resultaria na execução de despesa não autori-

zada pelas leis orçamentárias, o que poderia culminar na sua responsabilidade política (art. 85 da Constituição Federal). A esse respeito, convém frisar a ponderação feita por Felipe de Melo Fonte:

O sofisma que costuma ocorrer nesta discussão é que se acaba indo para uma questão de **tudo** ou **nada**, ao invés de **mais** ou **menos**. Evidentemente, não seria razoável advogar que o juiz sente em sua cadeira e refaça todo o orçamento público, com base nas suas próprias prioridades, mas sim que faça uma eventual correção, que, de todo modo, é indireta, já que a ordem é que se cumpra a decisão judicial e não que seja alterado o orçamento. Portanto, não é dado ao juiz censurar a peça orçamentária por inteiro, especialmente em demandas individuais, mas sim pontualmente, e somente naquilo que disser respeito aos direitos fundamentais (2009, p. 29, grifos do original).

Cabe destacar que, diante do atual estágio do Estado Constitucional de Direito, não se pode negar a importância do orçamento como instrumento de planejamento estatal. Entretanto, é preciso questionar o meio pelo qual o Estado realiza o uso das despesas públicas para alcançar as suas finalidades.

O magistrado deve ter em mente que o orçamento resulta de decisões efetuadas por representantes do povo e que, portanto, deve ser respeitado. Porém, diante do caso concreto, não se pode olvidar que a finalidade maior do Estado é a realização dos direitos fundamentais. Nestes termos, o conflito entre normas de direito orçamentário e de direitos fundamentais deve ser solucionado pelo método da ponderação. Consoante Fernando Mânica:

Em última análise, a aplicação da **teoria da reserva do possível** implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e a ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada (2010, p. 16, grifos do original).

Para o problema da falta de prévia dotação orçamentária, Américo Bedê Freire Júnior sintetiza duas possíveis soluções, as quais se distinguem pelo tipo de política pública a ser implementada pelo Poder Judiciário:

A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente. [...] Por outro lado, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou cirurgia, haverá uma colisão de regra constitucional do orçamento com o princípio ou outra regra que serviu de suporte para o magistrado determinar a implementação da política.

Nesses casos, haverá a prevalência da decisão, pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta (2005, p. 76).

A respeito do aspecto fático da reserva do possível, Ana Paula de Barcelos pondera que:

a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir juridicamente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (2002, p. 236 *apud* FREIRE JR., 2005, p. 73).

A jurisprudência tem caminhado hodiernamente no sentido de exigir a demonstração real da escassez de recursos, não bastando mera alegação do Executivo ou Legislativo de que não há dinheiro suficiente para a materialização dos direitos fundamentais. Calha transcrever trecho de ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se firmou esse entendimento e se ressaltou a fundamentalidade de direitos sociais, em especial o direito a educação, que não pode deixar de ser concretizado em razão das más escolhas dos administradores públicos. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio*). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. [...] Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. [...] Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido (STJ), REsp 1185474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. em 20/4/2010, pub. no DJe de 29/4/2010, RSTJ, v. 219, p. 225).

Daniel Sarmento, na busca por um conceito constitucionalmente correto da reserva do possível fática, entende que:

[...] deve ser concebida como a **razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes**. Por esse critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta a ser feita é

sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda floresta (2010, p. 572, grifos do original).

Aduz o autor que, embora deva o magistrado analisar as peculiaridades de cada caso concreto, a sua decisão deverá contemplar a análise do princípio constitucional da isonomia. Assim, “pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições” (*ibidem*).

Sustenta Felipe de Melo Fonte que, ainda no caso – quase hipotético<sup>2</sup> – de realmente o ente público não contar com recurso algum disponível, não poderia haver reserva do possível tendo em vista o mínimo existencial, “isto porque se o Estado não garante um conteúdo básico de direitos prestacionais necessários à efetividade do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, ele perde a sua própria razão de existir” (2009, p. 30).

Entende o referido autor que, na insuficiência de dinheiro, o ente público competente para a execução da política pública hábil à fruição de direitos fundamentais sociais deveria “convocar” os demais entes federativos a fim de concretizá-la, tendo-se em vista a solidariedade entre União, Estado, Distrito Federal e Municípios, solucionando-se posteriormente a questão da repartição dos custos entre estes.

Ademais, sustenta o autor que, também hipoteticamente, ainda que todos os entes federativos não contassem com dinheiro para custear tais direitos, a solução encontrada para afastar a reserva do possível – não aplicada quando de encontro ao mínimo existencial – seria a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecendo a existência do direito subjetivo e fazendo-o incidir contra particulares, mormente em casos de tutela de urgência. Sobre essas possibilidades, esclarece o doutrinador:

Estas soluções são válidas mesmo quando não haja uma reserva do possível fática em termos absolutos, isto é, o juiz pode, diante do caso concreto, aplicar a solidariedade entre os entes federativos ou reconhecer eficácia contra privados mesmo quando houver dinheiro nos cofres públicos, justificada a segunda hipótese quando for o caso de tutela de urgência e diante da constatação de que somente aquele particular poderá impedir dano grave irreparável. Primeiro porque a obrigação constitucional de efetivar os direitos sociais foi imposta a todos os entes federativos; segundo porque os particulares também estão vinculados ao adimplemento dos direitos sociais, embora em menor intensidade que a Administração, por força do princípio constitucional da solidariedade (2009, p. 32).

A respeito do conflito entre reserva do possível e mínimo existencial, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que os direitos fundamentais e, no caso, o direito à saúde, são exigíveis de imediato, não podendo ser limitados em razão da escassez de recursos. Confirma-se a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. **Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.** [...] (STJ, AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8/6/2010 e publicado no DJe 21/6/2010, grifo nosso).

Entendendo pela não existência de parâmetros absolutos, defende Daniel Sarmento que:

[...] não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo da universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível (2010, p. 579).

Buscando a aplicação da teoria da reserva do possível de maneira razoável e ponderando esta com os direitos que garantem a existência digna, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela não oponibilidade daquela ao mínimo existencial se e quando injustificada a omissão estatal na implementação de direitos fundamentais:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. [...] O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. [...] Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (STJ, REsp 1041197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009 e publicado no DJe de 16/9/2009).

Estabelecido que todos os direitos têm custos e que a concretização dos direitos fundamentais sociais implica a alocação de recursos públicos e que, em face da existência de um núcleo de direitos que deve ser preservado (ou mínimo existencial) e da máxima efetividade a ser dada aos direitos fundamentais, a reserva do possível deve ser reinterpretada de modo a se adaptar à realidade brasileira.

Com efeito, a intervenção do Judiciário nas políticas públicas deve ser feita por meio da utilização da razoabilidade, ou proporcionalidade ou, ainda, proibição do excesso, de forma que, no controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais, o magistrado leve em

conta os diversos fatores envolvidos no caso concreto – tais como a existência de recurso financeiro estatal disponível, o impacto econômico e social da decisão, a quantidade de pessoas beneficiadas etc. – e pondere-os de maneira a obter a justiça na providência judicial tutelada.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista que a Constituição tutela uma série de direitos fundamentais e que, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpida em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao Judiciário é vedado escusar-se de decidir lide posta em juízo, houve um aumento expressivo, pós-88, das demandas judiciais que versam sobre o controle de políticas públicas.

Em verdade, o objetivo maior da judicialização de questões sociais é a concretização dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados, que, por ineficiência ou inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, não são usufruídos por seus titulares.

Estabelecido que as políticas públicas têm por finalidade precípua a implementação dos direitos fundamentais sociais que demandam prestações positivas do Estado e que essas políticas se revestem de atos e normas da Administração, consoante doutrina majoritária e jurisprudência dos Tribunais Superiores, é forçoso reconhecer que o Poder Judiciário possui legitimidade para efetuar o controle das políticas públicas.

**Aprovado: 11/11/2015. Recebido: 30/08/2015.**

## NOTAS

<sup>1</sup> Adaptado do trabalho monográfico de mesma autoria, aprovado com nota máxima, para a obtenção do grau de Bacharel em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG, sob a orientação do Prof. Doutor Fabrício Macedo Motta.

<sup>2</sup> Hipotético porque, como já afirmou Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 74): “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda de governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.”

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eliane Pires. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais*. 86f. Monografia (Graduação). Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. Curitiba, v. 5, n. 5, jan./dez. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Senado, Brasília, DF: 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 22 ago.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1136549/RS. Relator: Ministro Humberto Martins. 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia.html>> Acesso em: 22 ago.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1041197/MS. Relator: Ministro Humberto Martins. 16/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia.html>> Acesso em: 23 ago.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1041197/MS. Relator: Ministro Humberto Martins. 16/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia.html>> Acesso em: 22 ago.2015.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1185474/SC. Relator: Ministro Humberto Martins. 20/04/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia.html>> Acesso em: 23 ago.2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. 01/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.html>> Acesso em: 23 ago.2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.html>> Acesso em: 23 ago.2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas públicas e controle de juridicidade: vinculação às normas constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.
- FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-maio-2009-FELIPE-MELO.pdf>> Acesso em: 20 ago.2015.
- FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>>. Acesso em: 20 ago.2015.
- MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 8, novembro, 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 20 ago.2015.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. São Paulo: ed. Malheiros Editores Ltda, 2009.
- SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. *O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)*. 2010. 303f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.
- VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalização das políticas públicas e seus reflexos no controle. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 85, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52812>> Acesso em: 20 ago.2015.
- ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

### **Eliane Pires Araújo**

Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.  
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás.  
Assistente administrativo do Ministério Público do Estado de Goiás.

Avenida São João, Quadra B, Lote 08  
Vila São João  
Goiânia/GO  
CEP 74815-410  
[elianeepa@hotmail.com](mailto:elianeepa@hotmail.com)