

NOTAS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

NOTES ON THE JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA*

RESUMO:

Este ensaio tem por escopo apresentar algumas notas sobre o princípio da reserva do possível orçamentário, na perspectiva da implementação de políticas públicas. Procura-se identificar o problema relacionado à judicialização dessas políticas a partir das teorias da reserva do possível orçamentário e do mínimo existencial, investigando as tendências dos Tribunais pátrios no tratamento da matéria, sobretudo dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva do possível. Mínimo existencial. Judicialização. Políticas públicas.

ABSTRACT

The scope of this essay is to present some notes on the principle of proviso of the possible in view of the implementation of public policies. It seeks to identify the problem with the judicial review of these policies from the theories of proviso of the possible and existential minimum, investigating trends of national Courts in the treatment of matter, especially of the Superior Courts.

KEYWORDS: *Proviso of the possible. Existential minimum. Judicial review. Public policies.*

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Notícias sobre a origem do princípio da reserva do possível. 3 – A reserva do possível e o mínimo existencial. 4 – A judicialização das políticas públicas a partir desses paradigmas. 5 – Conclusões. Referências.

* Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá, Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da Universidade Federal Fluminense. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal Fluminense - UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é apresentar algumas notas sobre o princípio da reserva do possível orçamentário, na perspectiva da implementação de políticas públicas. Visa-se identificar problemas relacionados à judicialização destas políticas a partir das teorias da reserva do possível orçamentário e do mínimo existencial, investigando as tendências dos Tribunais pátrios no tratamento da matéria, sobretudo dos Tribunais Superiores.

Para alcançar a finalidade, o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, procura-se apresentar notícias sobre as origens do princípio da reserva do possível. Na segunda, são trazidas algumas reflexões a respeito das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial na opinião da doutrina brasileira. E, na terceira seção, busca-se apontar alguns aspectos relevantes sobre os fundamentos utilizados pelos tribunais pátrios a respeito da judicialização de políticas públicas, em relação ao princípio da reserva do possível.

Não há pretensão, com estas linhas, de se esgotar o tema, cuja complexidade é incontestável. Busca-se, apenas, trazer alguns disparadores para viabilizar discussões.

2 NOTÍCIAS SOBRE A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

As primeiras notícias sobre a teoria da reserva do possível orçamentário ocorreram na Alemanha, entre os anos de 1969 e 1970, em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, cuja decisão passou a ser conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333).¹

O precedente tratava de caso entre duas Universidades alemãs, de Hamburgo e da Bavária, que estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos aos cursos de medicina e odontologia. A Universidade de Hamburgo firmou o entendimento que as vagas

1 COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas e controle de juridicidade. Vinculação às normas constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 108.

disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, podendo haver reserva de vagas para casos excepcionais, mas sem restrição ao número de vagas total. Já a Universidade da Bavária indicou que a limitação de vagas seria para algumas áreas, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos campi daquela Universidade.²

A discussão, após passar pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros, chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), que adotou posicionamento contrário às normas de ingresso aos cursos definidas pelas universidades citadas.

O TCF entendeu que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada por se mostrar extremamente drástica, pois fazia com que um número maior ou menor de candidatos tivesse que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo, em razão da capacidade disponível não ser suficiente para alocar todos os devidamente qualificados ao ensino superior.

Desta forma, o TCF decidiu pela inconstitucionalidade das normas, entendendo que existe uma limitação fática e que os direitos fundamentais a prestações positivas estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.³ Contudo, a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

Este precedente serviu como paradigma deflagrador das investigações que consolidaram as bases teóricas do princípio da reserva do possível orçamentário e foi ganhando cada vez mais espaço nas discussões acadêmicas diante da frequente judicialização das políticas públicas.

2 SCAFF, Fernando Facury Apud COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes, op. Cit. p. 109.

3 Op. Cit. p. 236.

Ana Paula de Barcellos⁴ compreende o princípio da reserva do possível orçamentário como um fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas.

Já Reinhard Gaier⁵ sustenta que:

(...) num Estado cujo ordenamento jurídico se baseia nas liberdades, as disponibilidades financeiras são limitadas, tanto que, na alocação desses recursos, surgem sempre conflitos a serem dirimidos quanto à sua destinação em contraste com outras finalidades.

A solução desses conflitos, ou seja, a decisão sobre a alocação dos limitados recursos financeiros para determinadas finalidades, é, num Estado Democrático e sob o Princípio da Separação de Poderes, tarefa precípua e competência do legislador, ou seja, do Parlamento.

Analisando a reserva do possível frente à judicialização dos direitos fundamentais, não se pode olvidar que além das discussões sobre o que se pode exigir do Estado através do Judiciário, é necessário que seja observado a existência de um limite de possibilidades materiais para efetivar esses direitos exigidos. No entanto, a reserva do possível não pode ser considerada meramente um óbice à efetivação dos direitos fundamentais, mas como um meio para sua consecução.

Gomes Canotilho afirma que “a construção dogmática da reserva do possível foi rapidamente aderida para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.”⁶

4 BARCELLOS, Ana Paula de. “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In: Legitimação dos direitos humanos. 2ª edição/Ana Paula de Barcellos. [et all.] org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 123.

5 GAIER, Reinhard. *Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*. II Seminário Internacional Brasil – Alemanha: Thompson Flores (português – alemão): 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis, Brasil / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília: CJF, 2011. 129 p.: il. – (Série Cadernos CEJ: 27), p. 15. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecaderosecj-27brasil-alemanha.pdf]. Acesso em 15.02.2014.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição.

Essa teoria é constantemente invocada pelo Estado nas demandas judiciais que envolvem a cobrança de efetivação de políticas públicas como uma justificativa para a sua não implementação. Contudo, estes argumentos não são acolhidos de modo irrestrito pelos tribunais, que frequentemente vem exigindo um acervo probatório suficiente que demonstre, de modo cabal, a insuficiência financeira e orçamentária do ente público demandado. Além disto, o administrador pode se deparar com o posicionamento que determina a realocação de recursos, transferindo parte do orçamento destinado a ações de menor relevância, como a publicidade, por exemplo, para a saúde ou educação, que são notoriamente mais importantes.

Neste sentido, Américo Bedê Freire Júnior⁷ sustenta que:

É claro que a Constituição não é só norma e de nada adiantaria a norma constitucional ou o juiz decidir sem que houvesse elementos fáticos para o cumprimento da decisão. Todavia, antes de reconhecer singelamente a falta de escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. (...) Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do 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.

Com esses fundamentos, infere-se que para a efetivação dos direitos fundamentais, dois aspectos relevantes devem ser observados: quem suporta os gastos que devem ser realizados e quem estabelece as prioridades para a efetivação destes gastos. É cediço que quem arca com este custo é o contribuinte, por intermédio dos tributos, e as prioridades para aplicação dos recursos são estabelecidas pelo Poder Legislativo, por meio do sistema orçamentário, que observa os objetivos fixados na Carta Magna. Ao Poder Executivo também cabe a escolha, mas dentro dos limites estabelecidos na lei, tratando-se, assim, de uma discricionariedade vinculada.

Coimbra: Almedina, 1998, p. 439.

7 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. Cit. p. 73.

A reserva do possível não pode ser ignorada e traduz como o direito está interligado com a economia, pois não é possível pensar na realização plena dos direitos fundamentais previstos na Constituição sem que se pense, também, na forma como serão custeados.

No Brasil, a reserva do possível está atrelada à ideia de que os recursos orçamentários e, também, os recursos financeiros são condições para a Administração Pública satisfazer direitos subjetivos de índole social, indistintamente.⁸ Muitas vezes, esta ideia leva à afirmação generalizada de que o exercício de um direito social depende da edição ou da adequação de uma norma orçamentária, ainda que para isto se valha da jurisdição constitucional.⁹

Há um posicionamento majoritário na doutrina brasileira no sentido de que a reserva do possível não pode ser utilizada no caso dos direitos que compõem o mínimo existencial¹⁰, tema que será abordado adiante, sem aprofundamentos que não sejam necessários para o estrito entendimento do objeto desta pesquisa.

A justificativa da reserva do possível deve ser analisada e contextualizada no momento em que a decisão judicial é proferida, para que seja construída uma forma de viabilização da Constituição e do Estado Democrático de Direito e não simplesmente para impedir a responsabilização Estatal.

Ao analisar a reserva do possível no seu aspecto jurídico, Américo Bedê Freire Junior¹¹ aponta questões importantes relacionadas às leis orçamentárias brasileiras, como: 1) a política pública prevista no plano plurianual, mas não prevista na lei orçamentária; 2) a política pública prevista no plano plurianual

8 PERLINGEIRO, Ricardo. Op. Cit. p. 166.

9 Op. Cit. p. 166.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 30, p. 8-30, 2009; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 185; MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 89.

11 Op. Cit. p. 77.

com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso; 3) a política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém realizada apenas em parte no exercício próprio; 4) a possibilidade de o juiz determinar a inclusão de política pública no próprio plano plurianual; 5) o problema de que a revisão da lei orçamentária não gera direitos subjetivos nem obriga o administrador a realizar a despesa prevista; 6) a política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária anual, mas ainda não efetivada.

Com isto, identifica-se um conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, devendo prevalecer, no entendimento daquele autor¹², o direito fundamental à prestação de políticas públicas, seja para a inclusão no plano plurianual, seja para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária.

Neste aspecto, deve haver uma ponderação para verificar até que ponto as exigências formais podem impedir que a essência da Constituição se materialize, haja vista que a previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ademais, a Constituição de 1988 estabeleceu uma categoria de direitos fundamentais ligados às políticas públicas, vale ressaltar, um modelo ativista, que se caracteriza “por ser exercida no interesse e benefício de terceiros especialmente determinados pela norma e/ou pela própria coletividade.”¹³

Da simples leitura do art. 5º, §1º, da CRFB/88, infere-se que não existe direito fundamental sem eficácia, ao passo em que é adotado um regime geral, com abertura material (art. 5º, §2º, CRFB/88) e proteção contra abolição ou supressão (art. 60, §4º,

12 Op. Cit. p. 78.

13 ZANETI JUNIOR, 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 (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 36.

IV, CRFB/88), que reconhece a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais,¹⁴ garantindo-se uma cumulatividade de suas dimensões objetiva e subjetiva.¹⁵ As políticas públicas servem de instrumento para se atingir a realização desses direitos e devem ser promovidas e efetivadas pelo Estado, enquanto aparato uno e indivisível.

Maria Tereza Sadek¹⁶ assevera que:

O reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais significam uma revolução de magnitude semelhante àquela contida na concepção de indivíduo abstrato. Exigem que seja tomada à noção de liberdades negativas a noção de liberdades positivas. Não se trata apenas de liberdades “de” – para as quais é importante que o poder público não atrapalhe ou que as grandes forças privadas não exerçam nenhum tipo de constrangimento – mas igualmente de liberdades vistas como positivas, ou seja, as liberdades “para”, cuja efetivação depende de ações afirmativas, deliberadas.

Os direitos civis e políticos têm por base o indivíduo, exigindo para a sua efetivação a limitação do poder público, um Estado mínimo. Já os direitos sociais, também denominados direitos de segunda geração, requerem políticas públicas que, ao reconhecerem a exclusão, objetivem uma justiça distributiva. Ou seja, é necessário um Estado atuante, no sentido de providenciar a concretização dos direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia, à aposentadoria etc.

Os direitos civis, políticos e sociais não esgotam o rol de direitos que compõem a cidadania ou os conteúdos e limites da igualdade. Nas últimas décadas, a eles foram acrescentados os chamados direitos de terceira geração, referidos não mais a indivíduos, mas a grupos. São os direitos do consumidor, de crianças, de idosos, de minorias etc.

Nesse novo contexto, marcado pelos direitos sociais e pelo Estado do Bem-Estar Social, modifica-se inteiramente o perfil do poder público e também a justiça estatal. Trata-se, a partir de então, de garantir

14 Op. Cit. p. 64.

15 Op. Cit. p. 64 e 68.

16 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 9 e 10.

não apenas as liberdades negativas, mas também de assegurar as liberdades positivas.

Pela atual concepção da teoria da separação dos poderes, atribui-se as principais funções do Estado aos distintos órgãos da soberania, são estes o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Nas palavras de Osvaldo Canela Junior “o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária.”¹⁷ E prossegue:

(...) a teoria da separação dos poderes muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é o seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido de independência dos poderes.¹⁸

Afirma ainda o autor:

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

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF).¹⁹

17 CANELA JR., Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição* (orientador Kazuo Watanabe). São Paulo: tese defendida na USP, no prelo, p. 17-19; *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128-129.

18 *Idem*.

19 *Ibidem*.

[A essa] “nova ordem, denominada de judicialização da política, contando com o juiz como coautor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.²⁰

Com a vinda da Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717/65, nos casos previstos nos arts. 4º, II, b, e V, b, ao elevar a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade, abriu-se ao Judiciário a possibilidade de adentrar na apreciação do mérito do ato administrativo. No entanto, o advento da Constituição de 1988 trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII, introduziu a seguinte redação:

Art. 5º, inc. LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (destacamos).²¹

Verifica-se do supracitado dispositivo constitucional que o controle da moralidade administrativa, exercido em casos em que há lesão ao patrimônio público, autoriza, por via da ação popular, o exame do mérito do ato administrativo.²²

A Constituição de 1988 conferiu ao Poder Judiciário, dentre outras funções, a competência de controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo. Além disto, a área de atuação do Poder Judiciário foi alargada com a constitucionalização de uma ampla gama de direitos individuais e supraindividuais e da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, incumbindo-o da

20 Ibidem.

21 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 127.

22 Idem.

responsabilidade de resguardar tais direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico.²³

O Estado Democrático de Direito deve atender ao bem comum, satisfazer os direitos econômicos-sociais em complementação aos direitos de liberdade, por meio de uma atuação positiva, consubstanciado num *dare, facere* ou *praestare*, permitindo a fruição dos direitos de liberdade de primeira geração e dos novos direitos, bem como o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil listados no art. 3º da CRFB/88, de maneira a incidir sobre a realidade social.²⁴

Citando Bruce Ackerman, Ricardo Perlingeiro²⁵ destaca que a previsão constitucional dos direitos sociais (liberdades positivas) corre o risco de converter-se num exercício de futilidade, na medida em que os principais destinatários destes direitos, os mais carentes, não se encontram em condições de expressar suas intenções políticas com efeito, assim como, por outro lado, o Poder Legislativo e a Administração Pública deixam de observar o chamado constitucional e acomodam-se no Poder Judiciário para que este, após ser acionado pelo exercício do direito de ação e quando possível, implemente os direitos sociais. Outro fator negativo apontado é a carência de capacidade técnica dos juízes para ordenar apropriações orçamentárias, o que pode obstaculizar a transformação dos direitos sociais em realidade e desmoralizar esforços que visam a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades negativas).

Cabe ressaltar, que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê no seu artigo 2º- 1:

23 Op. Cit. p. 15.

24 Op. Cit. p. 126-128.

25 ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de Poderes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 121-122; *apud* PERLINGEIRO, Ricardo. *É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?* Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, ano 1, vol. 2, set.-out.. Editora Revista dos Tribunais: 2013, p. 164.

Cada Estado–parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.²⁶

A Convenção internacional em comento estabelece que o paradigma de simplesmente atender a reserva do possível é alterado para a aplicação dos recursos disponíveis ao máximo, buscando transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais.²⁷

3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A reserva do possível não é elemento integrante dos direitos fundamentais, mas ora um limitador fático-jurídico, ora um critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais e, desta forma, salvaguardar o direito ao mínimo existencial.

A teoria da reserva do possível orçamentário não pode ser considerada um limite absoluto, nem, tampouco, servir como um cômodo fundamento para negar a realização dos direitos fundamentais. Ela é apenas um dos argumentos que devem ser analisados pelo juiz no momento em que formula a sua decisão, buscando compatibilizar a necessária realização da Constituição com a devida responsabilidade estatal.

Embora sujeitos a restrições proporcionais, os direitos fundamentais têm um âmbito de proteção amplo. Quando o Poder Público atua, seja de forma omissiva ou comissiva, restringindo direitos fundamentais sociais, esta restrição deve ser proporcional e estar respaldada em fundamentos constitucionais.²⁸ Caso contrário,

26 Apud FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Op. Cit. p. 78.

27 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Op. Cit. p. 78

28 SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Souza Neto, Cláudio Pereira

se esta atuação implicar numa ponderação desproporcional e numa inobservância aos preceitos constitucionais, será reprovável e judicializável.

Isto se dá, pois o direito fundamental social, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, possui um conteúdo essencial que se confunde com o mínimo existencial, cujo amplo âmbito de proteção é consectário lógico da aplicação da regra da proporcionalidade no caso concreto.²⁹

Eduardo Cambi³⁰ sustenta que a reserva do possível, quando considerada uma limitação fática à implementação dos direitos fundamentais, exige que o Poder Público assumira o ônus da prova. Não basta dizer que não possui recursos, pela simples razão de que, pelo artigo 333, II, do CPC, quem alega fato impeditivo da existência de um direito deve prová-lo, sob pena de a alegação ser considerada vazia e destituída de credibilidade.

Além disto, o autor ainda afirma que a reserva do possível não se confunde com a impossibilidade empírica, mas com a impossibilidade técnica ou com escassez.³¹ Assim, cabe ao Poder Público demonstrar especificamente que há exaustão orçamentária, comprovando que inexistem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinadas decisões judiciais.

Quanto aos direitos que compõem o mínimo existencial, eles são tão importantes que a sua outorga não pode ficar sujeita à vontade da maioria parlamentar ou da Administração Pública. Deste modo, a ausência de previsão da despesa, nas leis orçamentárias, bem como a inexistência de políticas públicas, não impedem a sua efetivação judicial.

de; Sarmiento, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74-75, 77-78 e 154.

29 PERLINGEIRO, Ricardo. Op. Cit. p. 172.

30 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 409.

31 CAMBI, Eduardo. Op. Cit. p. 412.

Reinhard Gaier³² defende que é tarefa discricionária do legislador adequar as prestações positivas a serem implementadas ao nível de desenvolvimento da sociedade e das condições de vida, tarefa esta sem nenhuma relação com o poder de conformação política que seria assegurado por meio da reserva do possível.

Ricardo Lobo Torres³³ distingue a aplicação da reserva do possível para tutelar o mínimo existencial, afirmando que:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolar primárias, etc).

Destarte, opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais ou, ao menos, do mínimo existencial. Deve o Judiciário sopesar os distintos atos materiais que podem ser praticados pelo Executivo, quando, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto, restar demonstrado que a opção do administrador é manifestamente inconstitucional. Há de ficar comprovado que foi preterido o valor da dignidade humana para se implementar outras alternativas incapazes de promover a tutela do mínimo existencial.³⁴

Primeiramente, o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem disponibilizar recursos para atingir o mínimo existencial. Somente depois disto será válido discutir como serão investidos os recursos remanescentes. Assim, mediante a ponderação dos valores ou dos princípios jurídicos em confronto, o Judiciário pode

32 GAIER, Reinhard. Op. Cit.

33 Apud CAMBI, Eduardo. Op. Cit. p. 409.

34 CAMBI, Eduardo. Op. Cit. p. 411.

determinar, com base nos artigos 5º, XXXV, da CRFB/88 e 461, §5º, do CPC, o remanejamento dos gastos públicos para tornar possível a efetivação do direito fundamental social. Porém, o remanejamento dos gastos públicos, bem como a abertura de créditos suplementares é papel do Executivo e Legislativo e não do Poder Judiciário, que apenas reconhece a proteção do mínimo existencial e determina que os demais poderes pratiquem os atos orçamentários cabíveis.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DESTES PARADIGMAS

Para uma melhor compreensão do que se busca enfrentar neste tópico, é importante definir políticas públicas. Para Rodolfo de Camargo Mancuso³⁵, elas são:

(...) conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional, ou legal, sujeitando-se ao controle judicial amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

A partir desta definição, nota-se que a Administração Pública, em sua atuação, deve respeitar e observar estritamente as previsões constitucionais e legais, bem como atender ao princípio da proporcionalidade.

Acerca da intervenção judicial, Eduardo Appio³⁶ afirma que:

É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício da atividade dos demais poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal.

35 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

36 APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

(...) não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício da função. Não havendo reserva absoluta de lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias de democracia participativa.

Assim, a intervenção judicial no controle de políticas públicas decorre do papel do Poder Judiciário enquanto guardião da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, sem que incorra na ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Ada Pellegrini Grinover³⁷, ao analisar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF n. 45-9, afirma, quanto à posição do Supremo Tribunal Federal:

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

Os requisitos para a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas definidos por Pellegrini visam coibir os excessos e conter abusos na intervenção judicial em políticas públicas. Como tal, o mínimo existencial constitui um direito às condições materiais mínimas para uma existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado, prestações estas que não podem retroceder aquém de um mínimo. A ele inclui-se o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do meio ambiente, o acesso à justiça.³⁸

37 Op. Cit. p. 132.

38 ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, dissertação de mestrado defendida na USP, orientador Rodolfo de Camargo Mancuso.

Uma vez descumprido o mínimo existencial, é justificada a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, dando ensejo à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, o que constitui “um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.”³⁹

Outro requisito apontado diz respeito à razoabilidade, que é medida pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, entendido como “a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.” Deste modo, o exame do ato do Poder Público deve se pautar no princípio da proporcionalidade, através da análise da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴⁰ do ato, e na razoabilidade, pois, caso o ato praticado pelo Poder Público implique em restrição desarrazoada de direito, justifica-se a intervenção judicial nas políticas públicas.⁴¹

O último requisito refere-se à reserva do possível, o que significa dizer que a implementação de política pública depende de disponibilidade financeira. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Junior explica que não será suficiente a alegação, por parte do Poder Público, da falta de recursos ou o argumento de inexistência de verbas para a implementação de política pública, eis que deverá ser provado, pela própria Administração Pública, por conta da aplicação, por analogia, da regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) ou da incidência da regra da distribuição dinâmica do mesmo, que flexibiliza o art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.⁴²

P. 21/24; *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

39 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *Op. Cit.* p. 133.

40 CAMBI, Eduardo. *Op. cit.* p. 412.

41 *Op. Cit.* p. 133-138.

42 ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Op. Cit.* p. 55/101; *apud* GRINOVER,

Diante da comprovação de insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, o Poder Judiciário determinará ao Poder Público que faça constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública e, em caso de descumprimento do orçamento, uma vez que a lei que o define não é vinculante e permite a transposição de verbas, condenará o Poder Público em obrigação de fazer, consistente na implementação de determinada política pública, na forma do art. 461, §5º do CPC.⁴³

A judicialização de políticas públicas vem ganhando muita atenção dos tribunais brasileiros, sobretudo dos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado alegações do Poder Público no sentido de que determinadas prestações não poderiam ser fornecidas em face das limitações decorrentes da reserva do possível, mas, em geral, posiciona-se pelo afastamento deste argumento, que não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial.

Esta postura pode ser verificada no seguinte trecho da decisão do Ministro Celso de Mello, em ação na qual se demandava a criação de vagas para atendimento de crianças em creches e em pré-escola:

(...)A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em

Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). Op. Cit. p. 138.

43 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). Op. Cit. p. 138.

decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.” (grifo nosso).⁴⁴

Na leitura deste julgado, constata-se que para o STF a reserva do possível é vista como uma questão que envolve a insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária e que não pode ser invocada com o propósito de fraudar, e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Ademais, a reserva do possível, também na visão do STF, não pode servir de argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial.

O STF, ainda, estendeu a aplicação do artigo 100, § 2º da CRFB/88, destinado ao sequestro previsto somente para o caso de preterição na ordem de pagamento em execução contra a Fazenda Pública para admitir, excepcionalmente, a aplicação do sequestro para hipótese de não pagamento de precatório para pessoa em situação crítica, suportando uma doença grave, mesmo não sendo preterida, veja-se:

(...)2. O sequestro foi deferido em razão da doença grave e incurável da agravante, não de quebra da ordem cronológica de pagamentos. A decisão impugnada determina o sequestro de bens do Estado da Paraíba, para quitação de precatório resultante de ação de cobrança movida pela agravante em desfavor do Estado-membro, tendo por fundamento as condições críticas de saúde da agravante e a notícia de que o TRT-22ª Região já deferiu pleito nas mesmas circunstâncias (fl. 100). 3. Em oportunidade anterior afirmei serem três, e apenas três, as situações nas quais a EC 30/2000 admite o

44 STF. AgRg no RE 639337/SP. rel. Min. Celso Mello. j. 23/08/2011 - <<http://www.stf.gov.br>. acesso em 20/11/12.

sequestro: (...) 4. O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe sequestro unicamente se houve preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. (...) 5. Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre que, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia exceção, e, como observa Carl Schmit, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”. (...) 6. Estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai a norma à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção descomplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. (grifo nosso)⁴⁵

Assim, nota-se que massificação das demandas que envolvem controle de políticas públicas para a tutela do mínimo existencial também tem levado o Judiciário a conceder o sequestro de recursos públicos.

Infere-se, pois, que a aplicação de instrumentos processuais desta natureza deve ser realizada apenas se identificada a omissão do Poder Público a ponto de gerar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação e se esta omissão for incompatível com a Constituição. Contudo, não é simples constatar se a opção política do emprego de verbas públicas se mostra constitucional ou não, devendo o Poder Judiciário considerar inválidas as políticas identificadas como manifestamente ineficientes, sem contar, a observância necessária da precariedade dos serviços públicos indispensáveis para a efetivação do mínimo existencial.

45 STF. AgRg na Rcl 3.034-2/PB. rel. Min. Eros Grau. j. 21/09/2006 - <<http://www.stf.gov.br>>. acesso em 22/11/12.

5 CONCLUSÕES

Após as reflexões apresentadas nestas linhas pode-se inferir que a tensão entre o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, nas causas que envolvem controle de políticas públicas, exige do julgador um cuidado peculiar em razão da necessidade da efetivação dos direitos fundamentais, sem comprometer a discricionariedade da Administração em relação às projeções dos gastos públicos.

Assim, a reserva do possível deve ser interpretada como uma questão que diz respeito à insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, não podendo ser invocada com o propósito de frustrar, de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, ou servir de argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial.

Neste sentido, tratando-se de políticas públicas destinadas a implementar direitos sociais previstos na Constituição, a discricionariedade do Poder Público está limitada aos princípios fundamentais.

A insistência da Administração Pública em deixar de direcionar verbas orçamentárias suficientes para a positivação dos direitos fundamentais ou o direcionamento excessivo destas verbas para implementação de políticas divorciadas das necessidades mais prementes da sociedade, com argumentos pautados na reserva do possível, conduzem à massificação dos conflitos desta natureza, levando o Poder Judiciário a ter que se imiscuir na atividade administrativa, diante de sua atribuição constitucional de guardião dos direitos fundamentais.

A reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado no momento de se proferir a decisão judicial, não para impedir a fixação da responsabilidade do Poder Público, mas para que seja construído um método de viabilização de uma Constituição compromissária com a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Com essas notas pode-se perceber que a atuação do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito mudou significativamente de perfil, sendo os Tribunais instados a participar

ativamente da concretização dos direitos fundamentais. Esse intento pode ser alcançado pela determinação de efetivação de política públicas que satisfaçam os interesses da sociedade de forma mais ampla.

Neste sentido, reconhece-se que a atuação do Estado está vinculada aos parâmetros constitucionais, devendo orientar-se pelos princípios e postulados pautados pela Constituição, como o objetivo de realizar de forma eficaz os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de Poderes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In: *Legitimação dos direitos humanos*. 2ª edição/Ana Paula de Barcellos. [et all.] org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas e controle de juridicidade. Vinculação às normas constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAIER, Reinhard. *Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*.

II Seminário Internacional Brasil – Alemanha: Thompson Flores (português – alemão): 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis, Brasil / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília: CJF, 2011. 129 p.: il. – (Série Cadernos CEJ: 27), p. 15. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadermoscej-27brasil-alemanha.pdf]. Acesso em 15.02.2014.

GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: Legitimação dos direitos humanos 2ª edição/Ana Paula de Barcellos. [et all.] org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini . *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 30, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. *É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?* Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, ano 1, vol. 2, set.-out.. Editora Revista dos Tribunais: 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

Recebido em 24/04/2014.

Aprovado em 05/08/2014.