



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

## CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Elisa Santos de Andrade Mello

Rio de Janeiro  
2013

MARIA ELISA SANTOS DE ANDRADE MELLO

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

**Maria Elisa Santos de Andrade Mello**

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho visa a analisar o controle judicial das políticas públicas no Estado Democrático de Direito, com respeito ao princípio da separação de poderes e como forma de efetivação dos direitos fundamentais, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito. Controle. Política. Pública.

**Sumário:** Introdução. 1. A Função Judicial no Estado Democrático de Direito. 2. Judicialização da Política – Ativismo Judicial. 3. Controle Judicial dos Atos Administrativos. 4. Controle da Omissão do Poder Público e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. 5. Óbices ao Controle das Políticas Públicas. 6. Controle Judicial das Políticas Públicas - Jurisprudência ADPF nº 45. Conclusão. Referências Bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca o controle judicial das políticas públicas, está no sentido de Projetos governamentais que obedeçam aos direitos previstos na Constituição e promovam seus objetivos, assegurando a eficácia dos direitos fundamentais.

A temática passa pela análise da separação de poderes, uma das características do Estado Democrático de Direito e a Legitimidade do referido controle pelo Judiciário.

Busca-se ressaltar a importância do tema, na medida em que é uma forma de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, concretizando de maneira reflexa o princípio da isonomia entre os cidadãos.

Nesse diapasão, procura-se analisar a isonomia entre os cidadãos diante da dignidade da pessoa humana, adotada pela nossa Constituição, como um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, que tem como um dos objetivos a redução das desigualdades sociais (art. 3º III da CF) e, sendo o judiciário um dos poderes desse Estado, é chamado também a dar essa concretude.

Ao longo do artigo, serão analisados alguns tópicos: a legitimidade do judiciário para controlar as políticas públicas em referência, sem que haja ofensa a separação de poderes, característica do Estado Democrático de Direito; apreciação da manifestação do Judiciário diante da problemática posta; exame dos óbices a efetivação da norma constitucional, quais sejam a Reserva do Possível e questões orçamentárias; e finalmente, a jurisprudência sobre o tema, mais precisamente o posicionamento adotado pelo Pretório Excelso sobre a matéria.

Resta saber, se a Constituição terá força normativa, primando por uma de suas regras de hermenêutica, ou se ela (a Constituição) não passará de um “pedaço de papel”, pensamento que tem como expoente Konrad Kesse.<sup>1</sup>

## **1. A FUNÇÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O Estado Democrático de Direito é o atual sistema político-constitucional instituído no Brasil e consagrado na Constituição Federal de 1988.

Segundo Alexandre de Moraes, “O Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 9.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2005. p. 17.

A Constituição Federal traz a referência à instituição de um Estado Democrático de Direito que visa a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais e que prima pelo respeito e pela aplicabilidade das normas definidas e garantias nela prevista.

O Sistema Constitucional Contemporâneo tem por objetivo equilibrar o princípio democrático e uma concepção substancial de justiça, entre o direito e a moral. A Constituição incorpora valores e objetivos que provêm da sociedade através da interpretação judicial dos princípios, que servem de elos para unir esses sistemas. Ela confere racionalidade às decisões judiciais, além de assegurar a legitimidade material e sua eficácia social.

A Constituição serve de fundamento para justificativa de convivência pacífica entre a democracia e a busca da igualdade social, visto que o Estado Constitucional e Democrático de Direito passa por um conceito substancial de democracia, através do qual se impõe a ampliação do Espaço de participação dos nacionais na escolha do conteúdo e forma de execução das políticas públicas. Nesse sentido, todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder Judiciário, o controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Sob um outro aspecto, o Estado Democrático de Direito tem como uma das suas características o princípio da separação de poderes. De acordo com José Afonso da Silva:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder judiciário).<sup>3</sup>

A separação de poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício a título ocasional de uma determinada função por órgãos não especializados, desde que compatível com sua atividade-fim.

A formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em sede legislativa esbarra na discricionariedade do legislador no tocante à atividade normativa. Somente através da

---

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003. p. 108.

jurisdição constitucional, o STF poderá declarar a nulidade de uma lei, que se apresente desde logo incompatível com as finalidades almejadas. A substituição da atividade legislativa, significaria a verdadeira subversão das funções desempenhadas pelo poder judiciário.

A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não existia a reserva absoluta da lei ou ainda, quando a Constituição Federal não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função, podendo nesses casos o Poder Judiciário controlar por meio da Jurisdição Constitucional ou através de qualquer ação judicial ou por meio de ações específicas, as omissões do poder público, como forma de efetivação dos direitos fundamentais ou também quando a omissão for violadora do mínimo existencial necessário a garantir a dignidade da pessoa humana.

Não havendo a reserva absoluta de lei, a intervenção judicial na própria formulação de políticas públicas se mostra compatível com a democracia, devendo-se buscar mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade através das instâncias de democracia participativa.

## **2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – ATIVISMO JUDICIAL**

Entende-se por judicialização da Política, a resolução de conflitos de ordem político-social, realizada pelo Poder Judiciário, em face dos poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista, geralmente, a omissão destes.

O Judiciário, nesses casos, é chamado não só diante da omissão desses poderes, mas também quando da atuação destes se mostrar insuficiente, havendo assim, uma interligação entre o Direito e a Política.

As Políticas Públicas tem por finalidade assegurar igualdade de oportunidades a todos os cidadãos, assegurando-lhes uma existência digna, sendo a forma através da qual o Estado irá distribuir bens sociais fundamentais.

Em contrapartida, o ativismo judicial é de difícil definição, onde não há consenso de seu significado, tendo seus contornos delineados quando há o desejo do órgão judicante por suas convicções e crenças pessoais de alterar o contexto político-social.

De acordo com Luiz Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor pelas mesmas causas imediatas. A judicialização no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância que decorre do modelo Constitucional que se adota, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite eu dela se deduza uma pretensão subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo Judicial é uma atitude, e escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>4</sup>

O ativismo judicial recebe críticas por parte da doutrina tradicional, em razão da fragilização da segurança jurídica, podendo ocorrer o ativismo judicial onde há o excesso de judicialização. Costuma-se exemplificar como ativismo judicial, as decisões que obrigam o Estado ao atendimento de tratamentos médicos que não são aprovados em seus sistemas de saúde.

### **3. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Para se localizar o tema dentro da matéria, é necessário enfatizar que o controle do Estado pode ser exercício de duas formas:

a) O Controle político - Esta forma de controle nasce da Teoria da Separação de poderes, Executivo, legislativo e Judiciário, idealizado por Loke e Montesquieu, e a

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/123506670174218181901.pdf>>. Acesso em 12 jun 2013.

necessidade do equilíbrio entre eles. Ele decorre de normas descritas na Constituição Federal, da qual emerge o Sistema de Freios e Contrapesos baseado na idéia de “controle e vigilância recíprocos” de um poder sobre o outro, relativamente ao cumprimento das funções constitucionais de cada um deles, tendo como exemplo o art.66 parágrafo 1º da Constituição Federal, que dispõe no poder de sanção e veto do Chefe do Executivo durante o processo legislativo.

b) O controle administrativo - É o direcionamento às instituições administrativas, especificadamente aos setores que praticam tal atividade. Tal controle decore de normas constitucionais e de previsão legal.

O controle administrativo do Estado se configura quando da fiscalização financeira e controle finalístico das pessoas jurídicas da Administração Direta e Indireta, como também por exemplo da análise da legalidade e conveniência ou oportunidade dos atos administrativos.

O Controle da Administração Pública, segundo José dos Santos Carvalho Filho, significa “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos pro meio dos quais exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas do poder”.<sup>5</sup>

Quando se fala em conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, faz-se referencia à forma de controle que pode ser jurídica, no caso de controle judicial e formas administrativas de controle.

A fiscalização e revisão, ainda segundo o autor supracitado, são elementos básicos de controle. Sendo a primeira consubstanciada no poder verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a administração. Já a revisão consiste no poder de realizar uma

---

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 751.

nova análise do ato praticado e dos motivos que levaram o agente à prática do mesmo, podendo o revisor corrigi-lo, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo.

O controle da Administração Pública está sujeito a várias classificações, como: quanto à extensão do controle (podendo ser interno ou externo), quanto ao âmbito da Administração (podendo ser por subordinação ou por vinculação) quanto à oportunidade (podendo ser prévio, ou a priori, concomitantemente, ou posterior ou a posteriori), quanto à iniciativa (de ofício ou provocada), quanto à natureza dos controlador (legislativo, judicial ou administrativo) e quanto à natureza do controle (de legalidade ou de mérito).

A importância para o trabalho reside nas duas últimas classificações, visto que o controle tratado é o levado à efeito pelo Judiciário.

Assim, quanto a natureza do controle, este por ser realizado quanto à legalidade e quanto ao mérito.

Quanto à legalidade, o controle é aquele que se faz no confronto do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais e constitucionais que o regem, tendo como consequência da desconformidade e anulação do ato.

Quanto ao controle de mérito, este se consubstancia pela verificação da conveniência e oportunidade da conduta administrativa. Esse controle é privativo da Administração Pública, não se submetendo a sindicabilidade do Poder Judiciário, tendo em vista a discricionariedade, o juízo de valor do agente público na conduta administrativa. O controle de mérito administrativo violaria o princípio da separação dos poderes.

Não obstante, aliado ao fato do poder discricionário dever estar rigorosamente amparado na lei, devendo a lei definir quais os requisitos para sua prática, deve-se atentar para o fato de que a Administração Pública no desempenho de suas funções está vinculada aos

princípios constitucionais, como os da razoabilidade e proporcionalidade, princípios esses implícitos na Constituição Federal, e em especial aos contidos expressamente no art. 37 da Constituição Federal, como os da moralidade e eficiência. Esses princípios limitam a liberdade do Administrador e que, reflexamente acabam atingindo o mérito do ato administrativo, podendo-se afirmar que não há nenhum controle de mérito.

#### **4. CONTROLE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

De acordo com os ensinamentos de Dirley da Cunha Junior:

Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais só logrará cumprir sua vocação de construir uma dogmática moderna, transformadora e emancipatória, liberta, portanto de ideologias velhas, ortodoxas e ultrapassadas, caso conheça UM DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, revelando-se e despertando esse direito que se encontra em estado latente em nossa Carta Magna e que pode ser deduzido como direito fundamental implícito, diretamente do Regime (democracia social semi-direta) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem jurídico-constitucional, com destaque para aquele que proclama a soberania popular (art.1º, § único), em decorrência da força expansiva desses princípios constitucionalmente conformadores de um Estado Constitucional Democrático de Direito.<sup>6</sup>

O referido autor<sup>7</sup> preconiza que do direito fundamental à efetivação da Constituição emerge duas dimensões: uma subjetiva, dirigida ao cidadão, investindo-o no direito de exigir até judicialmente e independente de interposição legislativa, o desfrute imediato de todos os direitos e garantias fundamentais e de exigência de emanção de normas ou atos materiais de concretização da Constituição, relativamente às normas não definidoras de direitos e garantias. Uma objetiva, irradiando uma eficácia dirigente, impondo ao Estado o dever jurídico permanente de concretizar e realizar todas as normas constitucionais, incumbindo a todos os órgãos e a todas as entidades estatais o dever-poder de efetivá-las.

---

<sup>6</sup> CUNHA JR., Dirlei da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 265.

<sup>7</sup> Idem.

Há também, as normas constitucionais programáticas, oriundas dos Estado Social de Direito, que consubstanciam programas e diretrizes para a atuação futura dos órgãos de direção política. Sua função é estabelecer os caminhos que esses órgãos deverão trilhar para o atendimento da vontade do legislador constituinte. Não obstante essas normas carecerem de intermediação legislativa, necessitando de outra lei que as regule ou uma prestação social material, sendo de eficácia limitada, elas não são destituídas de aplicação imediata.

A Constituição Federal deve ser efetiva, em nome da dignidade da pessoa humana, realizando-se os ditames da justiça social e fazendo-se valer também, por vezes o princípio da isonomia. Tudo isso, traz como consequência a implementação de Políticas Públicas de conteúdo econômico-social, objetivo esse que não poderia ser obstado em razão da omissão do poder público.

Efetivar a Constituição, ainda, significa estender o princípio da aplicação direta e imediata das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a todas as normas da Constituição.

Nesse diapasão, todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais ou as demais normas constitucionais que prevejam direitos que necessitem de intermediação legislativa ou providências materiais, concedem ao cidadão um direito subjetivo público à emanção de atos normativos e materiais de concretização constitucional, trazendo como consequência, o dever jurídico dos órgãos legislativo e executivo de efetivarem as normas constitucionais, que não sendo concretizadas em tempo razoável, legitimam o Poder Judiciário a controlar por meio da Jurisdição Constitucional, ou através de qualquer ação judicial, através de ações específicas criadas exclusivamente para esse fim, o controle das omissões do Poder Público.

Para melhor visualização do tema, se faz necessário dividir as normas definidoras de direitos fundamentais em:

a) Normas definidoras de direitos fundamentais de defesa - protegendo o indivíduo de qualquer eventual "ataque" abusivo do Estado, o colocando em uma posição subjetiva de exercer positivamente o seu próprio direito e de exigir omissões dos poderes estatais e particulares para evitarem lesões por parte destes.

Cita-se como exemplo desta espécie de direito fundamental, o direito de liberdade de locomoção e o respectivo de não haver prisão arbitrária. Há de se ressaltar, que esses direitos podem ser exercidos imediatamente por seus titulares, sendo que se ocorrer violação a tais direitos, poder-se-á recorrer a via judicial para a sua exigência.

b) Direitos fundamentais à prestação - se consubstanciam numa conduta positiva do Estado, sendo que esses direitos se apresentam numa dificuldade de aplicação imediata. Essas condutas positivas podem ser traduzidas em prestações de natureza material ou normativa, tendo como espécies os direitos à prestação em sentido amplo, compreendendo os direitos à proteção, no sentido de direitos e medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, e compreendendo também os direitos à participação na organização e procedimento, e direitos à prestação em sentido estrito (que são direitos à prestação materiais sociais).

Dentre os direitos à prestações materiais sociais, há ainda, os direitos sociais originários e os direitos sociais derivados, aqueles deduzidos diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independente de concretização legislativa, estes traduzidos por posições jurídicas já concretizadas pelo legislador, mas que só podem ser sacadas da concretização das normas constitucionais pelo legislador.

Estes últimos, direitos sociais derivados, direitos derivados à prestação, acarretam que, com fundamento no princípio da isonomia, o indivíduo impeça qualquer tratamento desigual e garanta a prestação pretendida, quando ocorre uma exclusão de maneira abusiva pelo poder público do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, por meio do direito

público subjetivo defensivo nascido para ele. Tem-se como exemplo para o caso, a hipótese de quando um hospital público se recusa a fornecer um determinado medicamento num programa já incluído em lei estadual.

Quanto aos direitos originários às prestações, estes decorrem diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, atribuindo ao indivíduo a posição jurídica de exigir do Estado as prestações materiais correspondentes. Tem-se como exemplo desses direitos, o previsto no art. 205 da Constituição Federal, direito fundamental à educação consubstanciada na garantia de ensino fundamental gratuito.

## **5. ÓBICES AO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Necessário se faz explanação à respeito dos impedimentos encontrados ao controle judicial das políticas públicas, afastando-se tais óbices dos conseguintes.

### **5.1. A DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

A doutrina da separação de poderes e a teoria da Ciência Política desenvolvida por Montesquieu<sup>8</sup>, visou limitar o Poder do Estado, dividindo-o em funções, e dando competências a órgãos diferentes do Estado. John Locke, no sec. XVII, esboçou de alguma forma a separação de funções no exercício do poder ao propor a classificação entre função legislativa, executiva e federativa. No entanto, só Montesquieu, elaborou a Teoria da Separação de Poderes tal qual se conhece hoje, trazendo a indicação dos mesmos como sendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem como a idéia de que estes poderes são

---

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

harmônicos e independentes entre si, atribuindo cada qual uma dessas funções a diferentes titulares.

Montesquieu<sup>9</sup>, ao elaborar a Teoria da separação dos poderes, agiu sob a influência do liberalismo propagando a limitação do poder do Estado, como uma maneira de reduzir o poder deste.

A proposta de separação dos poderes, além de buscar a proteção da liberdade individual, tinha por base também aumentar a eficiência do Estado, pois cada órgão do governo tornar-se-ia especializado em determinada função.

No Brasil, suas constituições sempre consagraram normativamente a clássica doutrina que separa os poderes (na realidade funções), que seriam o legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A Constituição de 1824 trouxe ainda a previsão de um quarto poder, o chamado “Poder Moderador”, atribuído ao Imperador, situando-se hierarquicamente acima dos poderes do Estado e cuja existência era justificada na eventual necessidade de arbitramento de conflito entre os poderes.

Há de se destacar que a desconsideração dos poderes possui correlação com as funções preponderantes por eles exercidas: ao legislativo, cabe criar leis de ordem jurídica estatal, ao Executivo, administrar o Estado, executando as políticas definidas pelo Legislativo e ao Judiciário compete dirimir conflitos entre pessoas, fundamentando-se para isto nas leis emanadas pelo legislativo.

Preponderantemente, diga-se, porque não exclusiva, essas funções não são exercidas exclusivamente com o poder respectivo, isso em razão direta com doutrina “Freios e Contrapesos” (*Checks and Ballances*), mecanismos existente com a finalidade de viabilizar o exercício harmonioso do poder entre deficientes titulares.

---

<sup>9</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 166.

Daí decorre, que não há uma separação absoluta entre poderes , cada um possui uma função típica, exercida com preponderância e uma função atípica, exercida secundariamente.

O sistema de Freios e Contrapesos é previsto na Carta Magna de 1988, significando dizer que a separação dos poderes não é rígida, havendo sempre a possibilidade e interferência recíproca, ou seja, além de cada poder exercer suas competências (funções típicas), estes fiscalizariam as competências dos outros (exercendo funções atípicas, por exemplo).

Neste diapasão, é de se concluir que o Judiciário Brasileiro, está autorizado pelo Sistema Jurídico a efetivar as normas constitucionais, sobretudo, as definidoras de direitos fundamentais, que diante de lacunas ou omissões inconstitucionais do poder público, poderá supri-la nos termos do art. 4º da LICC (através da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito) e principalmente, através de uma interpretação criativa, dentro da hermenêutica constitucional, concretizando os preceitos constitucionais e aplicando-os diretamente à realidade social.

Esse entendimento supracitado tem fundamento sobretudo na dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que tem como um dos objetivos fundamentais, a redução das desigualdades sociais (art.3º III da CF), objetivo que alcança o judiciário, vez que este integra o Estado Brasileiro, garantindo a efetividade dos direitos sociais.

Enfim, é o próprio Estado Democrático de Direito que legitima o controle judicial das omissões do Poder Público, cabendo ao Judiciário, na Jurisdição Constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais para a plena realização dos direitos fundamentais, viabilizando políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política.

## 5.2. A RESERVA DO POSSÍVEL E QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS

A ideia da reserva do possível é uma construção jurídica germânica inserida numa realidade totalmente diferente da nossa.

Essa ideia traduz-se na afirmação segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

A doutrina brasileira vem aceitando essa limitação da Reserva do Possível como óbice ao reconhecimento dos direitos originários à prestação. Aceitar esse óbice seria a negação da efetividade dos direitos fundamentais.

As prestações materiais objeto das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, exigem prioridade na distribuição de recursos orçamentários, daí porque o judiciário ao decidir desse modo, em atendimento ao que se depreende da Lei Maior, não poderá estar usurpando da competência do Legislativo no que diz respeito a distribuição desses recursos.

Como ademais esclarece Dirley Cunha Jr.:

Não é nenhuma novidade no direito brasileiro de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. Basta lembrar que, no âmbito dos direitos fundamentais de defesa, quando o juiz invalida por inconstitucionalidade uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um preceito fundamental do contribuinte, ele está de certa forma interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial.<sup>10</sup>

“Em suma”, conclui o mestre, “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador, podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento de direitos originários a prestações”.<sup>11</sup>

Não se pode impor limitação quanto aos valores previstos em lei orgânica anual no que se refere assistência social de direitos derivados a prestações, que impõe tratamento

---

<sup>10</sup> CUNHA JR., Dirlei da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 320-321.

<sup>11</sup> *Idem*. p. 321.

idêntico pelo Estado, em favor de todos os cidadãos que se encontram em uma mesma situação de necessidade, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

No que se refere a esses programas sociais, antes de implementá-los, o Poder Executivo terá de preliminarmente analisar sua capacidade financeira, visto que se submeterá ao Controle do Poder Judiciário, caso os recursos sejam insuficientes.

Caso o Poder Executivo se omita a esse dever constitucional de fazer valer o princípio da isonomia, o Poder Judiciário, com observância da lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001), poderá, em sede de ACP, determinar que a Administração Pública garanta o acesso ao Programa em favor de todos os cidadãos brasileiros que dele necessitem.

A Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 24, faz previsão sobre a hipótese em comento, enunciando os benefícios e serviços que não dependem de apresentação de fonte de custeio:

Art.24 – Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do parágrafo 5º do art.195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

§ 1º - É dispensada da compensação referida no art.17, o aumento da despesa decorrente de:

I - Concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente;

II - Expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados;

III - Reajustamento de valor de benefício, a fim de preservar o seu valor real.

§ 2º - O disposto neste artigo aplica-se a benefício ou serviço de saúde, previdência e assistência social, inclusive os destinados aos servidores públicos e militares, ativos, inativos e aos pensionistas.<sup>12</sup>

Disso extrai-se, que a preservação de um programa de prestação social, voltado à saúde, previdência e assistência social, não está limitado pela indicação precisa da fonte dos recursos, em razão do legislador impor a manutenção desses programas, independentemente de previsão específica na lei orçamentária anual para atender estas despesas. Um programa de prestação social derivado que tenha sido criado, com a finalidade de assegurar medicamentos especiais gratuitos a todos que deles necessitem, por exemplo, não está limitado pela Lei de

---

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei Complementar n 101, de 4 maio 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em 12 set 2012.

Responsabilidade Fiscal, motivo pelo qual o recursos deverão se disponibilizados diretamente do orçamento mesmo em prejuízo de outras rubricas já aprovadas. Cabe ao Poder Executivo encaminhar as alterações necessárias ao Legislativo para atendimento desta determinação legal, não existindo discricionariiedade administrativa neste caso.

A partir da proteção à isonomia dos cidadãos, o indivíduo poderá proteger o seu direito buscando o Poder Judiciário, em relação as prestações sociais de natureza derivada, que são aquelas concedidas ao cidadão quando já existe uma política pública implementada. Daí, como já exaustivamente mencionado, há a possibilidade de extensão de determinado programa social a um determinado indivíduo independentemente de verbas orçamentárias específicas.

## **6. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - JURISPRUDÊNCIA ADPF Nº 45**

O controle judicial das políticas públicas tem por finalidade analisar o confronto de políticas eleitas discricionariamente pelo governante que repute mais adequadas seu programa de governo, com os objetivos constitucionalmente vinculantes destes mesmos programas ou até mesmo de uma abstenção do poder público na oferta desses deveres sociais.

Nessa importante e nova responsabilidade social, o judiciário demonstra um desempenho bastante satisfatório de um modo geral, e de uma maneira mais cautelosa, em alguns casos.

Nesse contexto, vale trazer à baila o acórdão pragmático do Ministro Celso de Mello do STF, em sede de ADPF (nº45), que pela sua importância terá alguns de seus trechos transcritos:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do

art.55 (posteriormente remunerado para o art.59), de proposição legislativa que se converteu na Lei 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004...

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO...

[...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, à imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante a 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...<sup>13</sup>

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não pode ignorar.

O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-lo sob forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública e exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

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

Não menos importante, há inúmeras outras decisões, reconhecendo a educação infantil um direito social assegurado pela própria Constituição, tendo com relator o Ministro em referência:

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Relator Min.Celso de Mello. Publicado no DJ em 4 maio 2004.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (cf, ART.208 IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL A EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART.§2º) – RECURSO IMPROVIDO.<sup>14</sup>

De igual modo, impondo-se o dever jurídico ao Poder Público, inclusive com a utilização das “astreintes”:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL 9CF, ART.208 IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART.211 § 2º)<sup>15</sup>

Um pouco diferente do sustentado anteriormente, o Pretório Excelso vem entendendo com uma certa parcimônia a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quanto à questão de saúde pública, tendo havido Audiência Pública, realizada em 2009, para discussão do tema. A problemática consiste em saber se o art.196 da Constituição Federal, traduz direito constitucional à saúde, um direito subjetivo público à prestações positivas do Estado, a ser garantido pelo via judicial. O voto de Min.Gilmar Mendes em sede de SL 47 ag/PE<sup>16</sup>, é bastante elucidativo, sendo de leitura obrigatória para a correta compreensão do tema.

As divergências acerca do assunto, decorrem do embate do que se chama “mínimo existencial” e a “reserva do possível”.

O direito fundamental social à saúde exige, sobretudo, prestações positivas do Estado, que demandam emprego de recursos públicos e a inexistência de recursos financeiros suficientes para a satisfação dessas necessidades, pressupõe “escolhas trágicas” típicas de

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410.715 Ag/SP. Relator Min.Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>>. Acesso em 26 abr 2012.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator Min.Celso de Mello. Publicado no DJ em 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>>. Acesso em 26 abr 2012.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47 ag/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 17 mar 2010. Publicado no DJ em 30 abr 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>>. Acesso em 26 abr 2012.

opções políticas, violando assim, o princípio da separação dos poderes e reserva do financeiramente possível. Tais são os principais argumentos contrários à judicialização.

Ademais, a efetivação de tais direitos de caráter social, assumem o contorno de normas programáticas, dependendo, por conseguinte, de formulação de políticas públicas para sua implementação.

Por outro lado, para quem defende a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, fundamenta-se no “mínimo existencial”, visto que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde é previsto no art.196 da Constituição Federal, como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Entender a norma do art.194 da Constituição Federal, somente como norma programática, consubstanciadora de diretrizes e programas para atuação futura dos órgãos estatais, incapazes de produzir efeitos, é negar a força normativa da Constituição.

O Min. Celso de Mello, no AgR – RE nº 271286/RS<sup>17</sup>, reconheceu o direito à saúde, direito indissociável ao direito à vida, na sua dimensão individual, como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, conduzindo o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional e legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento Constitucional.

A despeito da assertiva, não há um direito absoluto a um procedimento essencial para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independente de uma política pública que a concretize. O direito público que existe é somente à existência de políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 271286 AgR/RS*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 12 set 2000. Publicado no DJ em 24 nov 2000.

A competência constitucional para cuidar da saúde, nos termos do art.23 III da Constituição Federal, é comum, havendo solidariedade entre os entes sobre o tema.

Quando o Judiciário defere uma prestação de saúde que já se incluem entre as políticas sociais já formuladas do SUS (Sistema Único de Saúde), ele não está criando políticas públicas e sim determinando o seu cumprimento, estando aí evidenciado a existência de um direito público subjetivo.

Os problemas da eficácia social do direito fundamental à saúde estão mais ligados diretamente à execução das políticas públicas já existentes no âmbito dos entes federados do que a falta de legislação existente. O problema não seria de judicialização, ou seja, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, mas o efetivo cumprimento das políticas públicas já existentes.

## **7. CONCLUSÃO**

A execução de políticas públicas depende de ato administrativo de atribuição do Poder Executivo no exercício das atividades inerentes à Administração Pública. Há que se distinguir, entretanto, a execução de políticas públicas da formulação de políticas públicas, juízo de conveniência e oportunidade do Executivo, consiste na opção de implantar determinados programas sociais como metas de governo.

Outrossim, a execução de políticas públicas, programas sociais previstos vinculativamente na lei ou diretamente na Constituição, importa no reconhecimento de direitos públicos subjetivos a serem tutelados via Poder Judiciário. Esses direitos podem apresentar-se ora como individuais, quando por exemplo é rompido o princípio da isonomia, ora como objeto de tutela coletiva.

Não há que se obstar esse importantíssimo papel do judiciário, sob o fundamento da separação de poderes, visto que essa separação desde que há muito não é considerada absoluta, só intervindo o judiciário em casos de omissão do legislativo e/ou executivo, no cumprimento da efetivação dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente vinculantes.

Quanto à norma do possível, a argumentação do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45 é de grande percepção, quando aduz que os alvos prioritários dos gastos públicos estão em assegurar ao homem as condições de sua própria dignidade, aí incluídos a proteção dos direitos individuais e condições mínimas de existência e apenas após atingi-los é que poder-se-ia discutir relativamente ao recurso remanescente.<sup>18</sup>

Na dignidade da pessoa humana é considerada um princípio de maior hierarquia no nosso sistema jurídico, de modo que as objeções contra a imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais devem ceder ante esse valor, seguindo as idéias de Alexy. Sendo um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, é elemento básico para uma realização do princípio democrático.

## 8. REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/123506670174218181901.pdf>>. Acesso em 12 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Relator Min.Celso de Mello. Publicado no DJ em 4 maio 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 271286 AgR/RS*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 12 set 2000. Publicado no DJ em 24 nov 2000.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar n 101, de 4 maio 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em 12 set 2012.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Relator Min.Celso de Mello. Publicado no DJ em 4 maio 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CUNHA JR., Dirlei da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEITE, George Salomão (org). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.