



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Controle Judicial de Políticas Públicas sob a ótica da garantia dos Direitos Fundamentais, da
Separação do Poderes e da Reserva do Possível

Eduardo Gomes Magalhães

Rio de Janeiro

2009

EDUARDO GOMES MAGALHÃES

O Controle Judicial de Políticas Públicas sob a ótica da garantia dos Direitos Fundamentais, da
Separação do Poderes e da Reserva do Possível

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para
obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof.^a. Mônica Arcal

Rio de Janeiro

2009

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA SEPARAÇÃO DO PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Eduardo Gomes Magalhães

Advogado.

Resumo: Este trabalho tem a pretensão de analisar as questões relevantes envolvendo o controle judicial das políticas públicas, abordando o tema sob três diferentes óticas. De início, faz-se uma análise dos direitos fundamentais, sua evolução histórica e diferentes gerações, com ênfase nos direitos sociais. Em seguida, passa-se à abordagem das políticas públicas, esbarrando na questão da separação dos poderes e da atuação específica do Poder Judiciário controlador. Por fim, estuda-se a ponderação de interesses entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, fechando o trabalho, com a análise do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Palavras-chave: Políticas Públicas, Controle Judicial, Direitos Fundamentais, Separação de Poderes, Reserva do Possível.

Sumário: Introdução; 1. Dos Direitos Fundamentais; 1.1. Gerações dos Direitos Fundamentais; 1.2. Direitos Sociais; 2. Das Políticas Públicas; 3. A crise do Estado e o desequilíbrio na estrutura de Montesquieu; 3.1. A separação dos poderes e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário; 3.2. Ativismo Judicial; 4. Reserva do Possível e Mínimo Existencial; 5. Paradigmas limitadores e seu reflexo e fundamento segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 6. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, enquanto construções normativas constitucionais fundamentadas, em última análise, no princípio da dignidade da pessoa humana, têm sua

concretização assegurada pelo Estado, que deve executar as devidas medidas para que o indivíduo, no exercício de tais direitos, não sofra restrições ilegítimas.

Nesse sentido, uma das formas de manifestação estatal se dá através da implementação de políticas públicas, que nada mais são do que instrumentos de execução de programas políticos que têm por objetivo garantir melhores condições de vida à sociedade.

Por tratar-se de diretrizes que buscam a diminuição das desigualdades sociais, devem ter sempre como fundamento de validade os princípios constitucionais. Assim, o que se busca na verdade, são melhorias nas condições de vida dos cidadãos, tendo como pontos de incidência as áreas da saúde, educação, segurança pública, habitação, saneamento básico, entre outras.

Contudo, diante da ausência do Estado na efetivação dessas políticas, seja em razão de omissões do Poder Executivo, seja em razão de omissões do Poder Legislativo, vem ganhando espaço o que se denomina de controle judicial das políticas públicas.

Defende-se ser possível a intervenção do Poder Judiciário como forma de garantir condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Em contrapartida, a intervenção do Judiciário esbarra, sobretudo, na questão da separação dos Poderes e no princípio da Reserva do Possível, ou seja, na intervenção em funções típicas pertencentes a outros poderes e na capacidade econômico-financeira do Estado para imediata implementação de seus deveres constitucionais.

Por tais premissas, o presente trabalho buscará abordar a necessidade da efetivação das garantias dos direitos fundamentais, enfatizando a obrigação de uma atuação concreta do Estado, por intermédio de seus poderes constituídos, contrapondo-se à Reserva do Possível.

Em seguida, estudar-se-á a separação dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como a indagação sobre até que ponto pode o juiz interferir em uma política pública,

sobrepondo sua decisão (judicial) àquelas outras (políticas) ditadas por representantes do Executivo e do Legislativo.

Concluindo, o presente trabalho espera contribuir fomentando a necessidade de discussão profunda sobre o tema em razão de sua importância nos cenários jurídico, político e social brasileiro.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução do direito constitucional, sem sombra de dúvidas, deve-se, em grande parte, à sedimentação dos direitos fundamentais como exercício de proteção da dignidade da pessoa humana.

É cediço que os direitos fundamentais têm como objetivo assegurar a todos, indistintamente, uma existência digna, livre e igual, viabilizando a concretização das potencialidades de cada ser humano.

Contudo, em que pese sua força e relevância no direito constitucional moderno, durante muito tempo travou-se enorme batalha até a definitiva afirmação desses direitos. Ao longo da história de evolução dos direitos fundamentais, desde o cristianismo, passando pelo *Bill of Rights* de 1776, até a positivação em nossa Carta Magna, buscou-se uma inversão na relação indivíduo x Estado, de modo que, hoje, o cidadão possui num primeiro plano, direitos, enquanto seus deveres e obrigações são analisados *a posteriori*.

Ao longo desse processo evolutivo e como forma de fixação e parâmetros de aplicação, criou-se o que se denomina, para uns, geração e, para outros, dimensão dos direitos fundamentais.

A par dessa discussão sobre a correta nomenclatura, preferiu-se adotar a concepção tradicional que sustenta a existência de gerações e não dimensões de direitos fundamentais.

1.1. GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese o presente trabalho estar intimamente ligado aos direitos sociais de segunda geração, por questões didáticas, será feita uma breve síntese de todas as gerações dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais que consagram as liberdades individuais e, em contrapartida, limitam o poder estatal, forçando-o a uma situação de abstenção. Estão necessariamente inseridos no texto constitucional e provêm da evolução do direito natural, sofrendo forte influência dos ideais iluministas.

Já os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos. Decorrem dos direitos de primeira geração, mas, a contrário deles, impõem uma postura mais ativa, obrigando o Poder Público a realizar prestações positivas, como por exemplo, garantia ao trabalho, à assistência social à criança e ao adolescente e ao idoso.

Os direitos fundamentais de terceira geração, por sua vez, correspondem à titularidade difusa ou coletiva e se preocupam com a proteção do meio ambiente, com o desenvolvimento econômico e a defesa do consumidor.

Além das três gerações clássicas, alguns autores fazem menção aos direitos fundamentais de quarta e de quinta gerações. Os de quarta geração correspondem à manipulação genética e estão relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, levantando discussões sobre a

vida e a morte, através de debates éticos prévios, enquanto que os de quinta geração dizem respeito aos direitos provenientes do “mundo” virtual, criados, sobretudo, em virtude dos grandes avanços no campo da cibernética.

1.2. DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, especificamente tidos como direitos de segunda geração, têm papel relevante na análise do presente trabalho. Isso porque se trata, como já dito, de direitos fundamentais de observância obrigatória, tendo como objetivo precípua a busca pela igualdade social.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 6º, classifica como direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Em que pese tal previsão, fato é que a efetivação desses direitos esbarra em inúmeros obstáculos, como por exemplo, falta de recursos financeiros e de boa vontade e organização política.

É nesse contexto que entra a ideia principal do presente trabalho, tendo em vista que a inércia no cumprimento desses direitos se dá, entre outros fatores, pela ausência de políticas públicas, temática a ser abordada em seguida.

2. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Pode-se, desde já, definir políticas públicas como a prestação de serviços que visam a garantir a realização dos objetivos fundamentais do Estado, privilegiando a dignidade da pessoa humana, que incluem a proteção de direitos individuais, juntamente com condições mínimas de existência. Em outras palavras, políticas públicas são programas de ação governamental com o objetivo de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Assim, as políticas públicas seriam condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública, em sentido largo, voltadas à consecução de programas ou metas 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.

Com esteio nos ensinamentos de BARCELLOS (2006), a expressão políticas públicas pode designar a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Assim, tem-se um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços, ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderão conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o alcance dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.

Do ponto de vista do estudo desses fenômenos, porém, é certo que cada um deles descortina um mundo próprio de particularidades, dificultando um exame teórico único e aprofundado de todas as possíveis atividades que integram as chamadas políticas públicas.

Assim, tendo em conta essa limitação, será examinada apenas a última das atividades supracitadas, já que pertinente ao desenvolvimento deste trabalho.

3. A CRISE DO ESTADO E O DESEQUILÍBRIO NA ESTRUTURA DE MONTESQUIEU

Observou-se, ao longo da história, uma intensa transformação na figura do Estado; Criado para ordenar e regular uma sociedade cada vez mais complexa e contingente, apresentando grupos de interesses muitas vezes conflitantes, vê-se o seu papel ser exercido de diferentes formas de acordo com as necessidades de cada época, sendo, de tempo em tempo, premido a se adaptar às novas exigências sociais.

Problemas como a dificuldade de se encontrar mecanismos para eleição de representantes que fossem fielmente afinados com a vontade popular, bem como a (in)existência de um verdadeiro consenso entre o povo foram algumas das barreiras levantadas.

Destaca-se, no entanto, a necessidade crescente de ter que garantir um leque de direitos – individuais, sociais, difusos... -, sendo, inclusive, característica de um Estado que se diz Democrático de Direito, não só a positivação de tais direitos, como também a garantia de sua efetiva implementação. E para cada direito, por indispensável, criaram-se diferentes mecanismos para sua defesa pelos seus destinatários, já que ter um direito que quando negado não possa ser pleiteado tornaria inócua a sua positivação.

Foi assim, que surgiram diferentes formas de distribuir as funções do Estado dentro de sua própria estrutura, a fim de equilibrar as suas forças políticas entregues, com destaque para a teoria da separação das funções do Estado em diferentes poderes desenhada por Montesquieu (os

poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), com mecanismos de freios e contrapesos, com a finalidade de equilíbrio de forças, diante de abusos e arbitrariedades.

Ocorre, no entanto, que se tem observado que essa complexa estrutura estatal vem apresentando dificuldade em proporcionar respostas às novas demandas sociais.

Vivencia-se, atualmente, uma crise de identificação social em relação ao Estado, com um Executivo e um Legislativo sem “vontade política”, perdidos na luta pelo poder, ou ainda imóveis por falta de coesão social quanto a determinados assuntos.

Há, ainda, uma enorme desconfiança e falta de credibilidade nos poderes representativos, o que, fatalmente, levou a um aumento na pressão feita no Judiciário, visto como a última esperança na defesa dos direitos sociais.

Interessante notar que há muito o Legislativo vem abrindo mão de seu papel, tendo sido, de certa forma, controlado pelo Executivo, o qual, por sua vez, está completamente inserido no processo legislativo: seja pela enorme quantidade de matérias que tem a prerrogativa de dar início; seja pelo controle que impõe pela sua maioria partidária; ou ainda quando legisla propriamente através de medidas provisórias ou leis delegadas; ou, mais ainda, quando o Congresso faz, propositalmente ou não, leis extremamente vagas cuja regulamentação posterior praticamente perfaz o seu conteúdo.

Sobre este assunto, cabe destacar as palavras de BINENBOJM (2006), segundo o qual, quando o Executivo não tem a atribuição normativa de que necessita, não resta ao Legislativo muito espaço de atuação independente. Com efeito, é uma realidade dos Estados de raiz ocidental o fato de que, em larga medida, o Executivo, seja por meios legítimos, seja por métodos menos nobres, controla o processo legislativo, quer no sistema parlamentarista, quer no presidencialista.

Assim, tem-se que a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos, razão pela qual observa-se que, hoje, não mais se crê na lei como expressão da vontade geral.

É nesse contexto, então, que o Poder Judiciário, o qual, em tese, seria o poder “neutro”, ou seja, apolítico, começa a se apresentar como um novo *locus* institucional para a promoção do debate público e a reafirmação de direitos.

Notável é que muitos problemas sociais e políticos que deveriam, a princípio, ser resolvidos dentro do sistema de representação política, ou seja, através do Executivo e do Legislativo, têm sido levados ao debate público preponderantemente perante o Poder Judiciário.

Esta ampliação do papel e da importância do Judiciário tornou-se possível devido a diversos fatores, dentre os quais se ressalta a Constituição Federal de 1988, a qual positivou inúmeros direitos, em normas com eficácia imediata, além de apresentar uma série de remédios jurídicos capazes de assegurar a defesa daqueles.

Assim, primeiramente, verifica-se a positivação na Constituição Federal de direitos sociais, os quais podem ser exigidos do Estado através de uma prestação positiva sem uma necessária regulação infraconstitucional, o que, teoricamente, elimina a necessidade da atuação do Legislativo na feitura de leis, e do Executivo, por sua vez, já que se pode obter pelo Judiciário uma ordem legal capaz de assegurar a eficácia desses direitos.

Nesse sentido, é possível afirmar que a Constituição de 1988 representou uma mudança na posição do Judiciário dentro do tradicional sistema de tripartição dos poderes, pois abriu espaço para um inédito modelo normativo de democracia participativa no Brasil. Ao contrário dos sistemas constitucionais anteriores, o constituinte de 88 preocupou-se em dotar o cidadão de instrumentos político-jurídicos para defesa de interesses e direitos, para além dos instrumentos de representação e manifestação da vontade política (eleições, plebiscito, referendo).

A vigente constituição buscou, portanto, como principal objetivo, o restabelecimento dos direitos civis, políticos e sociais no país, o restabelecimento do Estado de Direito.

Assim, com uma constituição dirigente, de caráter programático, que não se limita a ditar o direito, mas a estabelecer e impor, nas palavras de CAPPELLETTI (1999), “diretrizes e programas dinâmicos de ação futura”, mune-se o Judiciário de um instrumental que lhe permite “invadir” o terreno pertencente aos outros poderes constitucionais, com a transposição para o Judiciário de uma parcela dos poderes decisórios típicos do Legislativo e do Executivo.

Trata-se, pois, do fenômeno que se convencionou chamar de “judicialização da política” ou, também, “politização do Judiciário”, que seria a participação ativa de juízes e tribunais na criação e no reconhecimento de novos direitos, bem como no saneamento de omissões do governo, com destaque, neste trabalho, para a não implementação das políticas públicas.

Este supracitado fenômeno tornou-se viável, ainda, pela impossibilidade de os sistemas legais conterem normas capazes de regular todos os fatos da vida social, bem como sua incapacidade de acompanhar as novas demandas da sociedade moderna em rápida transformação, ficando, portanto, a cargo do Poder Judiciário, quando acionado, decidir na lacuna da lei.

Dessa forma, esses conflitos possibilitam que o magistrado tenha maior liberdade para criar uma solução para o caso concreto, tornando a atividade judicial mais legiferante do que judicante, ou, ainda, determinante das políticas públicas a que priorizar.

Outro aspecto relevante, por fim, é a possibilidade de controle de constitucionalidade em face dos atos executivos e legislativos pelo Judiciário, posicionando-o como verdadeiro intérprete da “vontade do povo”, positivada na Carta Maior, controle este que funciona quase que como uma etapa posterior ao processo legislativo, conferindo validade, ou não, ao trabalho deste poder.

Dessa maneira, tem-se observado que o Judiciário vem ganhando uma nova dimensão dentro do sistema político brasileiro, o que, por consequência, acaba por gerar um desequilíbrio

entre os três poderes, até mesmo pela falta de legitimação do Judiciário no sistema democrático. Ademais, as garantias e prerrogativas conferidas aos juízes e procuradores, no quadro de uma jurisdição ampliada, vêm conferindo à magistratura um novo papel no seu modo de atuar. O juiz passa não apenas a resolver conflitos intersubjetivos de natureza estritamente privada, mas também a mediar conflitos coletivos que muitas vezes envolvem a necessidade de aplicação de recursos públicos escassos, adentrando nas esferas tradicionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo.

E é exatamente dentro desse contexto de rearranjo da estrutura modelada por Montesquieu, que a temática deste trabalho ganha corpo. Ao acionar-se o Poder Judiciário para exercer a sua função de controle jurisdicional de violação ou ameaça a direitos, deve-se ter claro, sempre, em todas as hipóteses, quais os papéis que cabem a cada poder constitucional.

3.1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

A discussão acerca do controle judicial das omissões administrativas na implementação das políticas públicas perpassa sempre o tema da separação de poderes.

Tradicionalmente, o princípio da separação de poderes era entendido através da tripartição das funções do Estado – legislativa, executiva e judiciária - a órgãos independentes e especializados, que as exerceriam de forma quase que exclusiva.

Preliminarmente, deve-se observar que a doutrina de Montesquieu, além de ter sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nunca foi

aplicada em sua inteireza. Ademais, não existe "uma separação de poderes", mas muitas variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico. Nesse sentido, como destaca FERREIRA FILHO (1989), o próprio Montesquieu abria exceção a esse princípio, pois admitia a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo.

Desde já, por conseguinte, observa-se que não há como se exercer cada função sem ter, ainda que não de forma preponderante, o exercício das demais, ou, então, e mais importante, sem criar um sistema de controle recíproco entre tais poderes, pois atribuir-se de forma ilimitada a diferentes órgãos, funções que refletem a soberania, inevitavelmente, levaria a um abuso o qual, inicialmente, objetivava-se evitar com a não concentração das funções em um mesmo órgão.

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, no magistério de ARAGÃO (2002), ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

Aqui, então, se delineia a teoria dos *checks and balances*, ou dos freios e contrapesos, segundo a qual, a cada poder, ou mais tecnicamente, a cada órgão encarregado de uma das funções da soberania, atribui-se a competência para chancelar determinada decisão de outro, ou ainda só poder exercer determinada atividade em concordância de outro poder.

Assim, a separação de poderes deve ser atualmente encarada pelo prisma do pluralismo existente na sociedade, que tem o significado de colocar perante várias instâncias da máquina estatal as reclamações ou o apoio de vozes diferentes. E assim resulta numa potenciação da divisão de poderes na organização interna do Estado, que ganha outra vez o valor de uma divisão política.

Nessa perspectiva, o princípio da separação dos poderes deve ser, hoje, obrigatoriamente, integrado por considerações ligadas à proteção das garantias individuais, mediante a imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, e por preocupações inerentes ao "sistema de freios e contrapesos" entre os diversos órgãos e entidades estatais.

Ademais, seria inimaginável conceber uma teoria de separação e limitação de funções estatais em busca do seu não exercício arbitrário e monopolizador, em defesa das liberdades individuais, e, usá-la para retirar, violar ou desproteger garantias e direitos individuais. Por tal razão, a teoria deve sempre ser aplicada como meio de defesa dos particulares quanto aos excessos do poder e nunca como fim absoluto, ainda que enfraquecedor dos direitos desses últimos.

Dessa forma, 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 foge da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção, restaurando a ordem jurídica violada.

Nesse viés, tem-se que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social e, com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade

dos direitos sociais. Assim, se, de um lado, a Administração Pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar o fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Por tais razões que a ilicitude gerada pelo não-cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

Logo, pode-se dizer que o princípio da separação dos poderes, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais, razão pela qual 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. Como dito, 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.

3.2. ATIVISMO JUDICIAL

Uma das principais críticas inerentes ao tema central refere-se exatamente ao que se convencionou chamar de ativismo judicial, que seria a participação ativa de magistrados na tomada de decisões de cunho eminentemente política, com consequências sociais enormes. Tal

repercussão destoaria, essencialmente na ilegitimidade democrática de tais julgadores, uma vez que foram escolhidos via concursos públicos, principalmente.

Para afastar essa crítica, no entanto, cabe, nesse momento, pontuar alguns esclarecimentos sobre o conceito, ou melhor, as concepções sobre legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Uma primeira concepção, conforme ensinam SARMENTO (2002) e SOUZA NETO (2006), seria o procedimentalismo, segundo o qual democracia não é só voto, não é só prevalência da vontade da maioria, democracia pressuporia, isso sim, a existência de determinadas regras, determinados direitos que sempre, em qualquer hipótese, deveriam ser respeitados. O procedimentalismo tem como centro estabelecer mecanismos que permitam, em primeiro lugar, que o processo democrático flua e, em segundo lugar, impedir que as maiorias violem gravemente direito das minorias. Contextualizando, poder-se-ia visualizar questões de natureza essencialmente política, como o resultado de uma eleição, mas que poderiam ser invalidadas pelo Judiciário, garantindo, até mesmo, a vitória de não mais votado, em razão da violação de direitos fundamentais e o processo democrático.

Nessa concepção, a jurisdição constitucional tem a legitimidade para fiscalizar e fazer valer os pressupostos da própria democracia, mas não para arbitrar o resultado do jogo. Ela, de alguma maneira, protegeria as regras do jogo, mas não teria como interferir no resultado do jogo. O resultado do jogo viria da “arena política”.

Outra concepção seria o substancialismo, para o qual a jurisdição constitucional tem legitimidade para fazer valer valores substantivos. Assim, a jurisdição seria mais do que uma fiscal do jogo democrático.

A princípio, no processo político, discutem-se, melhor do que na jurisdição, as políticas públicas, ou seja, o que mais atende ao bem comum. Isso não é negado, nem questionado pelo

substancialismo. O fórum da jurisdição constitucional não é a busca do bem comum, não é a busca do interesse coletivo. Isso é o processo político. Mas para afirmar direitos que estão acima do bem comum, acima das políticas, a melhor instância ou mais legitimada é a jurisdição. Consequentemente, o fato de os juízes não serem eleitos, não seria, então, algo que os deslegitimasse, pelo contrário, seriam exatamente os legitimados para isso, ficando salvaguardados das pressões majoritárias, muito assentes na política.

Logo, a jurisdição constitucional existe para defender determinados valores independentemente do processo político, e o exercício de tal defesa pelo magistrado não seria uma usurpação de função do Judiciário, mas uma exigência constitucional da qual não se poderia esquivar, pois era o poder legitimado para essa função.

Assim, o ativismo judicial, retomando o tema inicial, deve ser analisado não sob a perspectiva da origem da decisão proferida em juízo, ou seja, se seria uma questão política ou não, mas, sim, sob a perspectiva dos direitos que envolvem. Quanto mais a questão a ser debatida no âmbito da jurisdição constitucional envolver direitos, maior é a legitimidade do Judiciário.

Dessa forma, a necessidade de um ativismo judicial ou de uma autocontenção na prestação jurisdicional estaria exatamente delimitada pela questão colocada em juízo.

Nesse viés, a fim de estabelecer um parâmetro teórico a ser aplicado na prática, propõe-se que, à luz do que fora supracitado, quando as questões envolverem políticas públicas, quando tiverem latente e como objetivo primordial, direitos sociais; deve, sim, haver um maior ativismo judicial. Já quando estiverem em pauta apenas a vontade da maioria, sem objetivar ou violar diretamente direitos sociais, quanto mais se puder imputar uma determinada norma à vontade real do povo, mais cauteloso deveria ser o Judiciário, ou seja, a autocontenção deveria ser priorizada.

Eis, aqui, então, a zona nebulosa e um possível parâmetro. E um exemplo possível é que o magistrado poderá ser ativista quando demandado a garantir o mínimo *existencial* (e não

meramente *vital*), pois só a satisfação desse mínimo permite a participação dos sujeitos no procedimento político.

4. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Outro ponto que se conclama ao enfrentamento é a insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao Estado, tema sempre apontado como uma barreira à defesa dos direitos sociais concretizáveis através de políticas públicas. Alega-se, fundamentalmente que, diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que esses recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos esses interesses serão exigíveis.

Trata-se aqui da chamada teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão e que é utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Certo é, porém, que não se deixa de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. Notadamente, em sede de efetivação e implementação, sempre onerosa, dos direitos sociais, o seu adimplemento pelo Poder Público lhe exige e impõe prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais ou coletivas. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Pontua-se que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, o que traz à tona a limitação e a escassez de recursos, bem como a necessidade de se fazer escolhas alocativas dos recursos.

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A realidade nacional visivelmente destoa da realidade alemã. A sociedade brasileira está muito longe do alcance do mínimo existencial, a partir do qual se poderá falar em reserva do possível, pois sem vida digna, o orçamento não pode ser ponderável.

O problema do mínimo existencial, na linha de pensamento de TORRES (2006), confunde-se com a própria questão da pobreza. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não poderia ser objeto de incidência fiscal e que ainda exige prestações positivas. Nesse viés, o mínimo existencial não teria um conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental, considerando em sua dimensão essencial e inalienável.

Dessa forma, prossegue o autor, sem o mínimo necessário à existência, cessaria a possibilidade de sobrevivência do homem e desapareceriam as condições iniciais da liberdade. Ressalta-se que não se defende o direito à existência, ou à sobrevivência, mas à existência digna.

Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, ou ainda limitado pela sua viabilidade econômica, pois

garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a outro princípio, conhecido como mínimo existencial, o qual retira do princípio da dignidade da pessoa humana seu fundamento e valor principal.

Por tais razões que somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. E a nossa realidade está longe de ver aplicável a reserva do possível, ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a lei impuseram ao Estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna.

Ademais, esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. E somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

5. PARADIGMAS LIMITADORES E SEU REFLEXO E FUNDAMENTO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O controle ou implementação das políticas públicas é um tema que tem batido cada vez mais às portas do Judiciário.

Seja em razão da atual Constituição, que erigiu a dignidade da pessoa humana como seu valor máximo, materializando-o em inúmeros dispositivos, impondo, mais especificamente no campo dos direitos sociais, de natureza prestacional, a sua implementação e defesa pelo Estado;

seja ao disponibilizar à sociedade inúmeros instrumentos processuais e representativos para exigir do Estado o cumprimento dessa prestação constitucionalmente garantida.

Também se destaca o reposicionamento das funções constitucionais entregues aos poderes soberanos, com uma reorganização do modelo de tripartição das funções, razão pela qual exige-se, hoje, um Judiciário muito mais consciente de sua posição de guardião da Constituição, como poder fundamental no alcance e defesa da dignidade humana, e seus reflexos como a garantia do mínimo existencial. Dessa forma, é que não se pode mais conceber um Judiciário inerte e mero espectador da vida social.

Certo é que, durante muito tempo, os tribunais se limitaram a verificar se as políticas eram legais ou não, esquecendo-se do contexto em que estavam inseridas. Assim, hoje, após todas as transformações sociais e políticas, quando o Judiciário é convocado para exercer o controle de uma política pública, está exercendo o controle constitucional, verificando se o artigo 3º da Constituição está ou não sendo cumprido.

É nesse contexto, então, que se passa a abordar, concretamente, por pertinente, a forma que vem entendendo e aplicando essa nova abordagem do Judiciário ante ao tema do controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal.

O principal divisor de águas, nessa matéria, foi a decisão do Supremo Tribunal de Federal, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Não foi a primeira decisão do STF sobre o assunto, mas, com certeza, a que maior repercussão causou nos demais Tribunais judiciais do país. Nessa decisão, salientou-se que não se deveria incluir, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, particularmente do STF, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, mas que ao Judiciário poderia atribuir-se essa função quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos

político-jurídicos, comprometem a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Assim, desde então, o Supremo Tribunal Federal vem apontando situações para o ativismo judicial no tocante ao cabimento da intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que seriam basicamente quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, quando a omissão ou a política for desarrazoada.

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo, escreveu o ministro Celso de Mello. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes, quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Há decisões garantindo medicamentos gratuitos a pacientes com AIDS que são carentes de recursos financeiros para arcar com as despesas do tratamento (AgRg RE 271286) e (RE 267.612), tendo em vista o dever constitucional do Estado firmado nos artigos 5º e 196, da Constituição. Ou ainda, tendo em conta que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art. 208, IV), asseverou o Tribunal Supremo que essa não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Assim, entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º), não poderiam eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, IV, cuja eficácia não deveria ser comprometida por juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade. Ressaltou-se, por fim, a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela

própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos, de modo a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional (RE 436996).

Quanto ao fornecimento gratuito de medicamentos, incide sobre o Poder Público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. Assim que, em 2006, o ministro Celso de Mello, garantiu o fornecimento de medicamento (RE 393.175). Já a ministra Ellen Gracie (SS3205), entendeu não haver dúvidas de que a inclusão de um remédio na lista oferecida pelo SUS é um pedido razoável, pois o fato de um remédio não estar incluído em programa de distribuição de medicamentos não pode comprometer o direito à saúde. Ressalte-se, inclusive, que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não poderia se sobrepor ao próprio direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga igualmente todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.

Ainda sobre o tema de fornecimento de remédios, em decisão proferida em setembro de 2009, o ministro Gilmar Mendes, nas Suspensões de Tutela Antecipada números 175, 178 e 244, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado. E tal decisão destaca-se, pois apresentou inúmeros parâmetros a serem observados pelo julgador na hora de decidir sobre o tema.

Assim, o ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou

parâmetros de decisão. Segundo o ministro, deveria ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente, na concepção do julgador.

Dessa maneira, de acordo com o então presidente do STF, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, cuja linha de desenvolvimento baseou-se em pesquisas doutrinária e jurisprudencial, foi possível constatar a relevância do debate sobre o tema central, controle judicial de políticas públicas.

Contudo, antes de chegar ao assunto foco, buscou-se uma breve abordagem sobre os direitos fundamentais, seu processo de evolução, conceito e gerações, como forma de se chegar à análise dos direitos sociais

Conceituaram-se os direitos sociais, localizando-os no texto constitucional e trazendo a ideia de que com a mera positivação não se chega nem próximo dos ideais de igualdade, sendo necessário verdadeiro engajamento, como sinônimo de organização, boa vontade política e senso de coletividade.

Foram definidas as políticas públicas, como forma de busca da efetivação dos direitos sociais que, em virtude da inércia ou dos desmandos políticos, obriga o Judiciário a pronunciar-se, como poder regulador e fiscalizador. Em contrapartida, abordou-se a questão da separação dos poderes constituídos, numa análise sobre até que ponto poderia um poder intervir no outro em busca da observância de direitos constitucionalmente garantidos.

Aprofundou-se a discussão sobre o chamado ativismo judicial, ou seja, a participação efetiva de membros do poder Judiciário, sobretudo magistrados, que em suas decisões devem observar não apenas a exigência de atuação do Estado para com o indivíduo, dando-lhe garantias mínimas de condições de subsistência, como também a possibilidade de o Estado fazê-lo, sem comprometimento de suas “prioridades” e de seu Branco financeiro.

Por fim, tratou-se de esclarecer o posicionamento da Suprema Corte brasileira sobre o tema, que embora tenha ciência de que a implementação de políticas públicas não seja uma de suas atribuições, transfere tal incumbência a ministros, desembargadores e juízes, quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Diante dessas considerações, espera-se ter contribuído para uma melhor compreensão sobre as políticas públicas, sobretudo diante da conclusão a que se chegou acerca da importância do poder Judiciário a efetivação das garantias mínimas de existência digna.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 de outubro de 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 267.612. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 3.08.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg.RE n. 436.996. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 20.09.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 393.175. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 19.12.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 436.996. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 2.12.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS n. 3205. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 8.06.2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 118.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.