



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Relativização dos Limites ao Controle Judicial de Políticas Públicas na Era da  
Judicialização

Nathália Couto Gonzalez Conde Leitão da Rocha

Rio de Janeiro  
2013

NATHÁLIA COUTO GONZALEZ CONDE LEITÃO DA ROCHA

A RELATIVIZAÇÃO DOS LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS NA ERA DA JUDICIALIZAÇÃO

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

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## **A RELATIVIZAÇÃO DOS LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ERA DA JUDICIALIZAÇÃO**

Nathália Couto Gonzalez Conde Leitão da Rocha

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

**Resumo:** O modelo clássico de separação de poderes vem sofrendo constante alteração na sociedade brasileira na medida em que seus cidadãos demonstram um descrédito cada vez maior pelos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto que o Poder Judiciário erige como aquele que, apesar dos problemas, ainda é capaz de proporcionar, com grau de imparcialidade, certa confiança à população. Neste contexto, as omissões quanto à adoção de políticas públicas por parte da Administração Pública tornam-se constantes, muitas vezes em verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana, valor no qual se funda o Estado Democrático de Direito Brasileiro. O presente trabalho visa a apresentar os principais aspectos limitadores do controle judicial de políticas públicas, verificando até que ponto o referido controle respeita a discricionariedade administrativa e a “reserva do possível” ou se configurara verdadeiro abuso de poder, na modalidade desvio de finalidade. Pretende-se abordar, também, o papel interventivo do Poder Judiciário em tais situações como garantidor dos direitos fundamentais, inclusive além do limite estabelecido pelo “mínimo existencial”, em consonância com a função contramajoritária que tal Poder ocupa na sociedade, atuando este, ainda, como verdadeiro “estimulador” da Administração Pública quanto à implementação de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Administração Pública. Políticas Públicas. Omissão. Limites ao Controle Judicial de Políticas Públicas. Separação de Poderes. Judicialização.

**Sumário:** Introdução. 1. Admissibilidade do Controle Judicial de Políticas Públicas. 1.1. Limitação Política. 1.2. Limitação Normativa. 1.3. Limitação Financeira. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira contemporânea vivencia um quadro de crescente descrédito nos Poderes Executivo e Legislativo, de forma que o Poder Judiciário é erigido ao *status* de verdadeiro garantidor de soluções ao atendimento dos anseios sociais, fato este consubstanciado pela função contramajoritária que este Poder da Federação ocupa. A referida situação agrava-se ainda mais no que tange à implementação de políticas públicas por parte da Administração Pública, que muitas vezes utiliza-se do critério da “reserva do possível” como forma de justificativa para as suas omissões.

Neste sentido, o presente trabalho visa a verificar até que ponto é permitido o controle judicial de políticas públicas para salvaguardar os interesses da população, mesmo que em alguns casos isso se dê em patamar além do configurador do mínimo existencial. Sendo certo que o aludido controle é, nesta oportunidade, analisado sob a perspectiva de uma primordial releitura do princípio da separação de poderes, inicialmente concebido por Montesquieu, à luz do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), operando-se uma necessária mutação constitucional naquele postulado para que ele possa melhor corresponder à realidade atual do ordenamento brasileiro, marcada pelo fenômeno da judicialização.

O presente trabalho visa a aferir a viabilidade do controle judicial de políticas públicas, desconstruindo os supostos obstáculos de natureza política, normativa e financeira, atestando-se a admissibilidade de tal controle, respeitados, obviamente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conclui-se, portanto, que no contexto contemporâneo o controle judicial de políticas públicas é, mais do que possível, essencial, devendo, contudo, tal procedimento ser

devidamente norteado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando-se, assim, a ocorrência de abusos consubstanciados por um ilegítimo ativismo judicial.

Destaca-se que a pesquisa em comento utilizará da metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

## **1. ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

No que concerne à possibilidade dos atos e omissões administrativas serem controlados ou supridos pela atuação jurisdicional, especialmente em relação à implementação de políticas públicas, estas de primordial interesse à sociedade, algumas considerações merecem ser feitas, uma vez que muitos são os obstáculos apresentados pela Administração Pública e considerados como aptos a, em tese, impedir a efetivação de tal controle.

Faz-se *mister* adiantar, como será explicitado no decorrer do presente trabalho, que não merecem os referidos limites prosperar, tendo em vista que, se assim não o fosse, estar-se-iam sendo priorizadas questões de ordem técnica e estritamente teóricas em detrimento do respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeiro postulado de origem constitucional no qual se funda a República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, em conformidade com o disposto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988<sup>1</sup>.

Deve-se ter em mente que a Lei Maior garantiu aos direitos fundamentais, aqui incluídos, obviamente, os sociais de natureza prestacional, uma superior proteção, o que

---

<sup>1</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III. a dignidade da pessoa humana; [...].

culminou no fato de que estes deixaram de ser “vistos como meras promessas estatais e passaram a ser determinações vinculantes a todos os Poderes.”<sup>2</sup>

## 1.1 LIMITAÇÃO POLÍTICA

A ideia de separação de poderes, de suma importância para a configuração e manutenção de um Estado Democrático de Direito, é contemporaneamente visualizada no Brasil como um princípio organizativo, protegido constitucionalmente pelo *status* de cláusula pétrea<sup>3</sup>, mas, sob o aspecto histórico, traduz uma referência do próprio constitucionalismo.

Inicialmente concebida por Aristóteles e Políbio, desde a Grécia Antiga a separação de poderes já angariava contornos.

Aristóteles lecionava que o Estado sempre exerceria três funções apartadas e consideradas como elementares: a função deliberativa, o que atualmente equivaleria à legislativa; a função de comando, equivalente à executiva; e a função de justiça, equivalente à jurisdicional.<sup>4</sup>

Políbio, por sua vez, além de diferenciar as mencionadas funções, tal como fazia Aristóteles, também falava que as mesmas deveriam ser privilegiadas com uma imprescindível independência e harmonia, o que contribuiria para culminar em um essencial equilíbrio entre forças e tarefas distintas.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> SEFERJAN, Tatiana Robles. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 308.

<sup>3</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III. a separação dos Poderes; [...].

<sup>4</sup> SLAIBI FILHO, NAGIB. A organização dos Poderes. O princípio da separação dos Poderes. O controle recíproco entre os Poderes. A organização dos Poderes nos Estados e nos Municípios. In: MÓDULO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, TURMA CPVA, TEMA 01, 2013, ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

<sup>5</sup> Ibidem.

Com o decorrer do tempo surgiu, ainda, outra primordial, porém pouco conhecida, referência histórica à separação de poderes, dessa vez advinda da Inglaterra durante a denominada Revolução Puritana. Bolingbroke, importante doutrinador da época, idealizou o que posteriormente foi incorporado ao constitucionalismo americano e ficou conhecido mundialmente como o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), remetendo este a um necessário controle e interpenetração distintos entre as funções do Estado, devendo elas permanecerem apartadas em órgãos distintos, mas sob fiscalização mútua e permanente.

Ainda na Inglaterra, John Locke da mesma maneira já lecionava, de forma embrionária, acerca da inevitabilidade de se limitar o poder para que fossem contidos eventuais abusos, devendo o Governo, assim, ser sempre balizado pela lei e pelo Direito Natural.<sup>6</sup>

Na França, Montesquieu, em sua aclamada obra intitulada “Do Espírito das Leis”, não chegou a exatamente inovar o tema, ao contrário do que muitos acreditam, mas apenas descreveu o sistema de separação de poderes que já vigorava na Inglaterra, buscando, por meio do aludido livro, demonstrar as vantagens da adoção daquele sistema também pela França.<sup>7</sup>

Destacou-se historicamente, assim, a aclamada “teoria da tripartição de poderes”, segundo a qual o poder deveria ser moderado pelo próprio poder, o que viabilizaria a existência de uma primordial liberdade política.

De acordo com os clássicos ditames da referida teoria, internalizada pelo Brasil por meio da Constituição Federal de 1988, essencialmente em seu art. 2º<sup>8</sup>, cada um dos Poderes da Federação \_ Legislativo, Executivo e Judiciário \_ “[...] exercia uma função típica, inerente

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo.<sup>9</sup>”

A mencionada visão acerca da separação de poderes, analisada sob uma perspectiva preliminarmente estanque, tornou-se necessária em um contexto histórico no qual se buscava a liberação das amarras absolutistas. No entanto, com o passar do tempo, passou a ser imperiosa a incidência de verdadeira mutação constitucional no conceito para que este pudesse melhor se coadunar à realidade democrática, o que é efetuado por intermédio do mencionado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Consoante esse sistema, cada um dos Poderes do Estado está apto a tomar conhecimento e conter os eventuais abusos do outro de forma que todos se equilibrem e se interpenetrem, ao invés de simplesmente atuar de forma isolada. Nesse sentido, todos os Poderes Federativos exerceriam individualmente suas funções típicas (o Poder Legislativo, a de legislar; o Executivo, a de administrar; e o Judiciário, a de julgar), e, também, funções atípicas, ou seja, as consideradas como típicas dos outros órgãos. “[...] Mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.<sup>10</sup>”

Com o objetivo de garantir a integridade dos fins do aparato estatal e a pureza dos meios utilizados pelas funções constituídas, são estabelecidos mecanismos de integração entre elas, o que permite a implementação de um sistema de controle recíproco e o legítimo exercício de atividades anômalas, ontologicamente pertencentes à determinada função, mas constitucionalmente outorgadas à outra. É o denominado sistema dos freios e contrapesos [...], que busca proscrever o arbítrio e a tirania, práticas deletérias que se veriam condicionadas ao improvável conluio entre autoridades independentes e que apresentam um certo grau de interpenetração em suas atividades. Desse modo, tem-se um sistema de controle mútuo [...] que preserva a harmonia norteadora da coexistência das diferentes

---

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433-434.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 434-435.



funções estatais. Como acentuado pelo Tribunal Constitucional alemão, o objetivo é tornar o Estado moderado e proteger a liberdade dos indivíduos [...].<sup>11</sup>

Neste aspecto, forçosa se apresenta a realização de um aparte no sentido de que seja ressaltado que a adoção do sistema de freios e contrapesos deve ser acompanhada pela implementação de certas garantias, prerrogativas e imunidades a serem conferidas aos membros de cada Poder, assim tendo sido feito pela Constituição pátria, a título exemplificativo, nos artigos 53<sup>12</sup>, 86<sup>13</sup>, 95<sup>14</sup>. Isso para que a função típica de tais Poderes possa ser exercida com liberdade e destemor, outros aspectos indispensáveis a um Estado Democrático de Direito.

Feita a ressalva, vale ressaltar, ainda, que o exercício da mutação constitucional na teoria da separação de poderes, à luz do sistema de freios e contrapesos, não configura

---

<sup>11</sup> GARCIA, Emerson. Tripartição semântica do poder e dualidade fática?. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 13-21, abril/maio/junho. 2012.

<sup>12</sup> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. §1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. §2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. §3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. §4º. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. §5º. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. §6º. Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. §7º. [...] §8º. As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

<sup>13</sup> Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. §1º. O Presidente ficará suspenso de suas funções: I. nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; II. nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. §2º. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. §3º. Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão. §4º. O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

<sup>14</sup> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I. vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II. inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III. irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. [...].

afronta à cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º, III, da CF/88<sup>15</sup>, tendo em vista que aquele fenômeno representa simples modificação do sentido empregado a certa norma da Constituição sem que, contudo, seu texto expreso seja alterado<sup>16</sup>. Tudo visando, por sua vez, a uma maior e mais célere possibilidade de atualização da Magna Carta quando preciso for, o que é imprescindível na sociedade contemporânea, marcada por grandes mudanças diárias. Logo, pode-se depreender da situação em tela que o Direito deve, assim, sempre buscar uma melhor regulamentação da vida em comunidade, coadunando-se a ela, e não o inverso, objetivo este que pode muitas vezes ser alcançado por meio da mutação constitucional.

Não obstante, após a promulgação da Lei Maior de 1988, especificamente o Judiciário, além de pela primeira vez ser erigido ao *status* de Poder Federativo, adquiriu a natureza de agente político, deixando de ser mero aplicador do Direito para assumir uma função de caráter contra majoritário na sociedade, ou seja, em defesa das minorias, exercendo o controle de constitucionalidade e intermediando conflitos entre o Legislativo e o Executivo, já que estes últimos seriam Poderes que, ao menos em tese, atuariam em favor da maioria, tendo em vista que seus membros seriam escolhidos de acordo com a vontade popular, por meio do voto.

Em análise aprofundada, percebe-se que os julgadores atuam como representantes indiretos da vontade popular, tendo em vista que atuam com base na Constituição e nas leis, sendo certo que elas são elaboradas pelo poder eleito.

A dificuldade contra majoritária é superada em dois argumentos: a concessão constitucional expressa ao Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis e o dever que lhe foi imposto de zelar pelos direitos e garantias fundamentais.

O primeiro se refere ao fato de ter a própria Carta Maior concedido ao Poder Judiciário a missão de apreciar os conflitos e julgar de acordo com a Constituição,

---

<sup>15</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º. Não será objeto de deliberação a proposta da emenda tendente a abolir: [...] III. a separação dos Poderes.

<sup>16</sup> Pedro Henrique Menault aborda o tema dizendo que a mutação constitucional seria mudança do contexto sem mudança do texto, enquanto que Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence vão além ao lecionarem que o limite máximo da mutação constitucional seria o próprio texto da Constituição Federal, o que traduziria, assim, certo limite semântico ao referido instituto jurídico.

tendo o poder de controlar efetivamente a constitucionalidade da produção legislativa a ponto de afastar lei inconstitucional, deixando de aplicá-la. A segunda parte da premissa é de que a democracia não se resume ao princípio majoritário. A Constituição confere ao Poder Judiciário o papel de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.<sup>17</sup>

A atividade judiciária tornou-se, assim, de tamanha importância para a sociedade contemporânea que, acrescida do paulatino descrédito da população nos demais Poderes, importou no surgimento do fenômeno da judicialização, significando este “que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário<sup>18</sup>”, que passa a ser constituído como “um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução<sup>19</sup>”.

O quadro em voga, portanto, marca uma mudança de paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro, que passa de um Estado Legislativo do Direito para um Estado Judicial do Direito, no qual o Judiciário é quem fornece a última interpretação sobre a aplicação da Constituição. “Tal controle judicial, embora paradoxal em democracia, resulta da constatação, verificada principalmente após a Segunda Guerra Mundial, de que a democracia necessita ser protegida dela mesma, ou, em outras palavras, de que [ela] pode gerar forças capazes de destruí-la internamente.<sup>20</sup>”

Nesse sentido, não merece respaldo o entendimento de que a atividade legislativa exercida tipicamente pelo Poder Legislativo seria preponderante às funções dos demais Poderes.

---

<sup>17</sup> FARIA, Erika Gomes de. *Ativismo Judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal*. 2012. 43 f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 8-9.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituiacao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituiacao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2013.

<sup>19</sup> 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 15.

<sup>20</sup> MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 37, ano 9, p. 101-107, out.-dez. de 2001.

Para além de uma atuação judicante meramente restrita às competências previamente outorgadas pela Constituição da República, o Judiciário deve ser compreendido como guardião dos direitos fundamentais, cabendo a ele a investigação dos atos estatais, baseando-se, para tanto, nos escopos fundamentais fornecidos pelo Poder Constituinte, uma vez que o Executivo e o Legislativo se mostraram insuficientes no exercício efetivo e eficaz direcionado a tal proteção.

A intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas, tendo em vista ser este o objeto específico da presente pesquisa, nada mais é do que resultado de uma atuação em consonância com sua função precípua determinada pela própria Constituição Federal, a saber, de resolução dos conflitos que lhe são apresentados.

Desta feita, diante de uma eventual inércia do legislador, que consistiria na denominada omissão de natureza inconstitucional, o Judiciário, subsumindo-se a uma posição ativista<sup>21</sup>, passa a ter elementos justificadores à supressão de tal lacuna, tudo em prol da realização dos direitos fundamentais constitucionais.

Portanto, tendo em vista que a atuação jurisdicional é voltada à realização dos mencionados direitos, o que não tem o condão de, por si só, ferir a separação de poderes, os métodos de controle judicial passam a ser dotados de efetividade.

Faz-se *mister* destacar, também, que uma vez que o Legislativo abandone seu estado inicial de inércia, a nova lei editada por ele deve ser aplicada, sendo certo que isso não impede que a mesma esteja sujeita, oportunamente, ao controle de constitucionalidade posterior ou repressivo que, via de regra, é realizado pelo Judiciário, seja abstrata ou concretamente, difuso ou concentradamente.

---

<sup>21</sup> Luis Roberto Barroso, em seu texto intitulado Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, previamente citado no presente trabalho, esclarece que a ideia de ativismo judicial estaria associada a uma participação do Judiciário de forma mais categórica no que tange à concretização dos objetivos descritos na Carta da República, com maior interferência, assim, no espaço de atuação dos demais Poderes federativos.

Sobre o assunto, insta colacionar trecho do inteiro teor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 463.210/SP, *in verbis*:

[...]

Por sua vez, o art. 211 determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino” e em seu parágrafo 2º esclarece que a atuação dos municípios dá-se prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização.

Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, *caput*, da Constituição da República “é direito de todos e dever do Estado e da família”. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

[...]

O RE é, na verdade, inviável.

A uma porque, com a edição da EC 14, de 1996, ficou estabelecido que “os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil” (C.F., art. 211, §2º, com a EC 14/96).

A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2º, C.F. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.<sup>22</sup>

Por todo o exposto, resta evidente que o que se busca aqui não é a inserção do Judiciário ao patamar de legislador positivo quando da existência concreta de lei disciplinando determinada matéria, mas sim que, quando da ausência do referido dispositivo legal, num quadro caracterizador de indolência desidiosa, e dentro de limites pré-fixados, a atuação jurisdicional possa ser voltada à concretização do objetivo traçado pelo Poder Constituinte Originário, qual seja, o de efetivação dos direitos fundamentais. “Como a Carta

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE nº 463210 AgR/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=378405>>. Acesso em: 15 jul 2013.

Constitucional confere aos juízes a função de controle da atividade legislativa, implicitamente atribui os poderes necessários para o reparo, o que, no caso de omissão, implica na concretização judicial da norma constitucional [...].<sup>23</sup>”

## 1.2 LIMITAÇÃO NORMATIVA

Além da limitação de ordem política, a Administração Pública e parte da doutrina sustentam a existência de obstáculo normativo apto a tolher a realização do controle judicial de políticas públicas.

Segundo aqueles, as normas constitucionais se utilizariam por diversas vezes de conceitos abertos e indeterminados, o que a princípio dificultaria, e em alguns momentos até mesmo impediria, a aplicação imediata e absoluta dos direitos fundamentais, dentre eles os sociais de natureza prestacional.

Contudo, deve-se atentar para a circunstância de que se a Constituição da República adota certos termos vagos, seria justamente uma das incumbências dos Poderes Federativos a de proporcionar concretização a tais ditames constitucionais, e não de simplesmente ignorá-los.

É patente que a eventual indeterminação das regras contendo os mencionados direitos de segunda geração<sup>24</sup>, primordiais componentes das políticas públicas, não teria a capacidade de, por si só, impossibilitar o controle judicial, uma vez que se deve priorizar aqui a aplicação do princípio da máxima efetividade da norma constitucional, “segundo o

---

<sup>23</sup> MORO, op. cit., p. 104.

<sup>24</sup> A doutrina moderna, por todos, Paulo Bonavides e José Adércio Sampaio Leite, divide os direitos fundamentais em, basicamente, cinco gerações, também denominadas por alguns de dimensões: a) na primeira geração estariam os direitos civis e políticos, abarcados aqui, por exemplo, os direitos à vida, liberdade, igualdade, participação política, dentre outros; b) na segunda geração estariam os direitos econômicos, sociais e culturais, tais como o direito ao trabalho, à educação; c) na terceira geração estariam os direitos de solidariedade e fraternidade, como o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado e etc.; d) na quarta geração, por sua vez, estariam os direitos genéticos; e e) na quinta, e atualmente última geração, estariam os direitos cibernéticos.

qual à norma constitucional, sujeita à atividade hermenêutica, deve ser atribuída o sentido que maior eficácia lhe conceda<sup>25</sup>”. Até porque, como anteriormente destacado, a finalidade precípua do Poder Judiciário seria justamente a de garantia dos direitos fundamentais, devendo ele, portanto, zelar pela preservação destes a qualquer custo, sendo certo que esta teria sido, inclusive, uma das principais razões para a própria criação do aludido Poder.

Não obstante, a par do uso de conceitos vagos na Constituição Federal, também se deve destacar outra alegada situação que engendraria um suposto obstáculo normativo, qual seja, a existência das denominadas normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, a saber, aquelas que, quando da promulgação da Magna Carta, ou quando da atividade exercida pelo Poder Constituinte Reformador, encarregado da elaboração das chamadas emendas constitucionais, já não seriam capazes de produzir todos os seus efeitos, carecendo de uma complementação a ser efetuada por lei posterior infraconstitucional.

Neste momento vale observar a lição de José Afonso da Silva, atemporal doutrinador constitucionalista brasileiro, que bem dispõe sobre as normas concebidas como de eficácia limitada:

[...] referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem. [...] Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível.<sup>26</sup>

Sendo assim, a inconveniência, neste ponto, não seria exatamente a de se incluir na Lei Maior certas normas de aplicabilidade mediata, mesmo porque esta não teria como

---

<sup>25</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios de interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, p. 163, 2002.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 164.

prever e regulamentar especificamente em seu texto toda e qualquer situação por inteiro. O problema seria o de que, em muitos casos, tal complementação legislativa sequer seria realizada oportunamente, o que caracterizaria pura omissão inconstitucional por parte da Administração Pública, com a qual um Estado Democrático de Direito não pode jamais se conformar.

Visando-se a elucidar o quadro em tela é possível citar o notório exemplo dos “municípios putativos”.

O art. 18, §4º, da CF<sup>27</sup>, dentre outras condições, exige a regulamentação por uma lei complementar federal para que seja operada a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios, sendo sua plena eficácia, portanto, coadunada à criação legislativa que, até a presente data, ainda não teria sido realizada pelo Poder Legislativo. Configurada está, assim, uma ampla e reconhecível omissão inconstitucional do Congresso Nacional, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 15, responsável pela redação do artigo, fora publicada na longínqua data de 13 de setembro de 1996, o que resultou na existência de lacuna legislativa há quase 17 (dezessete) anos!

Nesse sentido, a Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3682, na qual foi abstrata e concentradamente analisada a ausência de regulamentação do art. 18, §4º, da CF, tendo sido fixado o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional elaborasse a lei complementar federal exigida constitucionalmente, *in verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.  
INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A  
LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA

---

<sup>27</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] §4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.



CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.<sup>28</sup>

A medida, contudo, não atingiu exatamente o que objetivava na prática, pois a lei complementar em questão nunca fora editada, resultado este que em parte pode ser atribuído ao próprio STF, pois o mesmo fizera questão de salientar, sob a justificativa de respeito ao princípio da separação de poderes [o que, conforme abordado no supracitado subcapítulo 2.1, não é argumento apto a, de plano, inviabilizar o controle judicial], que o aludido prazo não seria peremptório, mas sim mero parâmetro temporal razoável para que a lei complementar federal fosse confeccionada.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3682/MT. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 24 jul 2013.

<sup>29</sup> Apesar de não ser este o objeto específico deste artigo científico, de forma que não é cabível aqui se alongar sobre o assunto, vale destacar o desfecho da situação apontada, a título de curiosidade. Como era de se esperar, o Congresso Nacional ainda não elaborou a Lei Complementar Federal exigida pelo art. 18, §4º, da CF, mas ao menos o controle judicial da omissão em comento fez com que aquele optasse por editar a

Pode-se depreender dos fatos acima narrados, assim, que a existência de normas de eficácia limitada na Constituição Federal não teria a aptidão de impedir a competente sujeição daquelas ao controle jurisdicional, pelo contrário, seria justamente a lacuna quanto à indispensável integração legislativa que justificaria e legitimaria a fiscalização do Poder Judiciário, ainda mais quando diante de uma negligência desidiosa das Casas Legislativas brasileiras.

Não significa, porém, que o Judiciário terá um controle ilimitado sobre o Legislativo. O conflito entre a concretização legislativa e a judicial da Constituição soluciona-se, destarte, de forma que “prevalecerá a concretização judicial sobre a legislativa desde que se logre demonstrar o desacerto desta, o que passa pela solução da ‘questão interpretativa’”.<sup>30</sup>

Sob outro enfoque, percebe-se que as situações expostas, geradoras, para alguns, de suposta limitação normativa ao controle judicial de políticas públicas, seriam aparentemente responsáveis por trazer entraves à aplicação da regra contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>31</sup>.

José Afonso da Silva, por sua vez, novamente bem explicita o conflito ao dispor o seguinte:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.  
[...]

---

Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, que acrescentou o art. 96 ao ADCT, estabelecendo este que ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

<sup>30</sup> MORO, op. cit., p. 102.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial*. Organização Yussef Said Cahali. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.<sup>32</sup>

Logo, não é porque alguns direitos e garantias fundamentais, na prática, nem sempre são dotados de aplicabilidade imediata como preceitua o citado artigo, que deverão os mesmos ser negligenciados pelo Poder Público, até porque diversos direitos sociais de natureza prestacional, objetos, portanto, de políticas públicas, sofrem com tal “implementação diferida”, mas permanecem sendo de suma importância para a sociedade<sup>33</sup>.

Mais uma vez, é aí que deve se inserir o Judiciário que, por meio de instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção Individual ou Coletivo, busca vencer a “síndrome de inefetividade” das normas de aplicabilidade reduzida que ainda carecem de complementação legislativa, seja fixando prazo para que o Congresso Nacional elabore a lei, seja aplicando outra legislação, por analogia, a casos práticos que demandem devida regulação.

Conclui a melhor doutrina, ao analisar o art. 5º, §1º, da CF, que a regra ali contida não seria absoluta, levando-se em consideração que a própria Carta Magna teria previsto em seu texto diversas normas definidoras de direitos fundamentais dotadas de eficácia limitada.

Isso não remeteria, dessa maneira, a um obstáculo normativo ao controle judicial das mencionadas normas, uma vez que o dispositivo constitucional em tela versaria, na realidade, sobre o princípio da efetividade, figurando como ordem direcionada a todos os

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408-409.

<sup>33</sup> Ingo Wolfgang Sarlet chega a classificar os direitos sociais prestacionais como direitos relativos, no sentido de que sua plena eficácia estaria intimamente ligada à concretização pelo legislador, que deve elaborar normas infraconstitucionais para regulamentar os referidos direitos.

Poderes para que eles confirmam “a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, reforçando a supremacia da Constituição e a sua força normativa.”<sup>34</sup>”

Como sabiamente sintetizou Maria Helena Diniz, haveria certo “escalamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais [...]. Não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente os efeitos jurídicos por elas visados.”<sup>35</sup>”

### 1.3 LIMITAÇÃO FINANCEIRA

Por fim, um último obstáculo à efetivação do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário é apresentado, a saber, o de ordem financeira.

Alega-se que apesar de a concretização dos direitos fundamentais figurar como uma das funções precípua do referido Poder, este deve respeitar e estar atento às eventuais prestações materiais vinculadas a tais direitos, sendo a limitação em questão oriunda principalmente da denominada “teoria da reserva do possível”, inicialmente elaborada na Alemanha da década de 70.

Os direitos classificados como de origem social prestacional, cuja índole fundamental é garantida pela Constituição da República, muitas vezes demandam “prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais”<sup>36</sup>”, de maneira que “aponta-se, com propriedade, para

---

<sup>34</sup> ORNELLAS, Juliana Guimarães. A Eficácia Normativa dos Direitos Fundamentais diante da Omissão Inconstitucional. 2012. 28f. Artigo Científico (Pós Graduação lato senso em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 115.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual., amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 284.

sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba [...] que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.<sup>37</sup>”

Nada obstante, deve-se primeiramente ter cautela com generalizações irresponsáveis, uma vez que ainda existiriam certas prestações sociais que, para serem devidamente instaladas, não reclamariam propriamente uma inédita alocação de recursos, tendo em vista que seriam condicionadas à receita derivada, ou seja, aquela obtida mediante o pagamento, por exemplo, de taxas e preços públicos<sup>38</sup>, ou à utilização de verba já previamente disponibilizada à Administração Pública, o que, de certa forma, também denotaria relevância econômica, mas dessa vez indireta.

Desta feita, seja direta ou indiretamente, fato é que os direitos sociais prestacionais são dotados de repercussão econômica, sendo esta muitas vezes essencial para a sua devida concretização, de forma que a alegação, por alguns, de um controle judicial de políticas públicas limitado à reserva do possível mostra-se, de fato, inevitável.

Assim, fazendo-se alusão à importante binômio utilizado pelo Direito de Família como parâmetro para a fixação de pensões alimentícias, a necessidade da sociedade no que concerne à prestação de políticas públicas é infundável, porém, a possibilidade de implementação daquelas por parte do Estado é muitas vezes tolhida pela reserva do possível, porquanto os recursos não seriam inesgotáveis.

Neste ponto, faz-se *mister* colacionar trecho da lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que elucida importantes detalhes acerca da teoria da reserva do possível, *in verbis*:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” [...] passou a traduzir

---

<sup>37</sup> Ibid, p. 284.

<sup>38</sup> A receita derivada advém do patrimônio do particular através de um constrangimento legal. É uma receita cogente, obrigatória, que o Estado aufere investido de soberania, de poder de império. O Estado está subsumido aqui às normas de direito público, havendo uma autoimposição, ou seja, não há uma escolha do particular.

[...] a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.<sup>39</sup>

Assim, como ressaltado pelo autor, é justamente visando a melhor aplicação possível do referido binômio “necessidade *versus* possibilidade”, ou, mais especificamente ao caso, “reserva do possível *versus* mínimo existencial”, como será posteriormente esmiuçado, que se garantiu ao administrador público um atuar com discricionariedade, uma vez que ele, mais do que ninguém, ao menos em tese, teria ciência dos recursos disponíveis e dos anseios sociais.

Contudo, tal discricionariedade atribuída aos poderes legislativo e executivo<sup>40</sup>, apesar de se coadunar com critérios de conveniência e oportunidade, dá azo, muitas vezes, à arbitrariedades e omissões injustificadas, de modo que deve haver uma supervisão pelo Poder Judiciário, mais uma privilegiando-se a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

[...] se por um lado a absoluta vinculação [...] nem sempre resulta em boa administração, a atribuição de discricionariedade ao administrador não lhe garante um salvo-conduto. Exatamente porque seu propósito não é outro senão permitir o alcance da finalidade legal, não se pode tomar a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam ao interesse público implícito na finalidade legal, sejam as que o atendam de maneira deficiente. Indo além, a atuação da administração pública encontra limites hoje não só na finalidade legal, mas na Constituição e no primado harmônico dos direitos fundamentais buscando sempre a efetividade do direito à boa administração pública.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIQUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIQUEIREDO, Mariana Filchtiner (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

<sup>40</sup> Cabe salientar aqui que ao usar a expressão “poderes legislativo e executivo”, remete-se às funções legislativa e executiva, diversamente do que seria se se falasse em “Poderes Legislativo e Executivo”, pois, nesse caso, estar-se-ia fazendo alusão ao conjunto de órgãos aos quais compete primordialmente o exercício daquelas funções.

<sup>41</sup> DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 105.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta, ainda, diferentes aspectos que devem ser considerados quando do estudo e análise da suscitada teoria, destacando o que denomina de “dimensão tríplice” da reserva do possível:

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.<sup>42</sup>

No entanto, apesar de a análise dos parâmetros ditados pela reserva do possível ser algo inevitável, “não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível, ou não, em termos de efetivação dos direitos sociais”<sup>43</sup>, uma vez que tal atitude demonstrar-se-ia, no mínimo, leviana.

É patente que a vedação à apreciação pelo Poder Judiciário dos aludidos parâmetros, obviamente que observados os ditames oriundos da razoabilidade e proporcionalidade, seria atentatória ao princípio da separação de poderes, especificamente sob sua vertente arquitetada à luz do sistema de freios e contrapesos.

Outrossim, como ressaltado anteriormente, a par do limite relacionado à reserva do possível, também se deve destacar outra alegada situação que engendraria um suposto

---

<sup>42</sup> SARLET, op. cit., p. 30.

<sup>43</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, vol. I, p. 157.

obstáculo financeiro, qual seja, a prestação de políticas públicas limitada ao mínimo existencial.

Apesar de a reserva do possível ter o condão de às vezes limitar a implementação de políticas públicas, é pacífico que tal restrição não poderia ir aquém daquele patamar considerado como correspondente ao conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, esta idealizada como um dos primordiais fundamentos do Estado Democrático de Direito adotado pela República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, da Magna Carta<sup>44</sup>.

A controvérsia surge, na realidade, no que tange à prestação acima do referido patamar, o que muitas vezes ocorre, pois “a fundamentalidade dos direitos sociais não está reduzida ao mínimo existencial [...]. Afinal, preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana (como um todo, e não em sua versão minimalista)<sup>45</sup>”.

Sendo o próprio conceito de mínimo existencial altamente instável, variando de acordo com o tempo e com o meio no qual ele está inserido, generalizar nem sempre é o mais prudente, de maneira que em algumas hipóteses dever-se-á atentar para as peculiaridades do caso concreto, como vem fazendo a própria jurisprudência pátria, o que pode ser observado nos arestos infra colacionados:

PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. MÃE CASADA. ART. 7º, II, DA LEI 3.765/1960. REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.215-10/2001. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EVIDENCIADA NOS AUTOS. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recorrente na condição de mãe de soldado da Aeronáutica falecido, casada com o pai do de cujus, que era solteiro e não tinha filhos, nem companheira, busca percepção de pensão por morte com base no art. 7º da Lei 3.765/1960 com a redação dada pela Medida Provisória 2.215-10/2001.

---

<sup>44</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III. A dignidade da pessoa humana; [...].

<sup>45</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219.



2. Para fazer jus à pensão militar em comento, além do respeito à ordem de prioridade, estabelecida em lei, os pais deverão comprovar a real dependência econômica.
3. A pretensão recursal não esbarra na condição de casada da recorrente. Do estado civil de casada, por si só, não se pode afastar a dependência econômica em relação ao instituidor da pensão.
4. Mesmo no caso dos autos, em que o marido da recorrente é segurado do INSS, recebendo benefício correspondente a um salário-mínimo, deve ser reconhecido o direito à pensão militar por morte, em observância à cultura brasileira de ajuda aos pais idosos, à garantia do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana.
5. Os instrumentos de hermenêutica devem estar atentos à premissa de que "a previdência social é componente dos mais relevantes do direito social, que impõe ao magistrado verdadeira revolução de pensamento, pois este deixará de ser mero aplicador do Direito, e terá de voltar sua atenção para os escopos jurídicos, sociais e políticos, a fim de que haja perfeita integração entre a pretensão deduzida em juízo e o direito material." (Doutrina de Fábio Zambitte Ibrahim em que o autor reforça que o Estado deve estar à frente de uma perfeita materialização do abrigo social, mantendo-se, assim, a dignidade da pessoa humana).
6. Recurso especial provido.<sup>46</sup>

Apelação Cível. Obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento. Direito fundamental à vida e à saúde, garantido pela Constituição Federal. Matéria pacificada. Enunciado nº 65 da Súmula do TJ/RJ. Agravo Retido com alegações de falta interesse de agir e pedido genérico incerto que se rejeita. Sustentação de inobservância dos princípios da separação dos poderes e reserva do possível, previsão orçamentária não caracterizada. Mínimo existencial. Direito constitucional à vida e à saúde. Inteligência dos art. 6º e 196 da CF. Solidariedade entre os entes federativos. Possibilidade de substituição dos medicamentos listados na sentença, ante a necessidade da paciente. Pedido em consonância com os termos do enunciado nº 116 da Súmula do TJ/RJ, verbis: “na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento de doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia”. Inocorrência de condenação genérica e incerta. Desnecessidade de ingresso de nova ação para pleitear medicamentos e insumos com a mesma finalidade. Efetividade da prestação jurisdicional. Precedentes deste e. Tribunal de Justiça. [...] Parcial provimento dos recursos, na forma do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil.<sup>47</sup>

**APELAÇÕES CÍVEIS. NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS PARA OSTEOPOROSE A SEREM FORNECIDOS PELO S.U.S. CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À PROTEÇÃO DAS MINORIAS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE QUE ADMITEM A INGERÊNCIA JUDICIAL. ISONOMIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. QUANTIA FIXADA EM PATAMAR ÍNFINO. MAJORAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA Nº 182 DO TJ/RJ. PRIMEIRO RECURSO PROVIDO, À LUZ DO ART. 557, § 1º-A,**

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1302237/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=31351632&sReg=201103138729&sData=20130925&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=31351632&sReg=201103138729&sData=20130925&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 30 nov 2013.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 0018253-47.2011.8.19.0066. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Vianna. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000470E49D7C4ADAFBA7C03EAE D4B2AF6844C5024E02120C>>. Acesso em: 30 nov 2013.

DO CPC. SEGUNDO RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, A TEOR DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.<sup>48</sup>

Desta feita, infere-se que apesar de a reserva do possível consistir em um limite válido e inevitável na concretização das políticas públicas, não é ele intransponível, tampouco pode ser apto a, em razão da discricionariedade conferida à Administração Pública, justificar omissões verdadeiramente inconstitucionais por parte do Poder Público. Até porque, deve sempre ser observado o patamar correspondente ao mínimo existencial, que, em alguns casos específicos, poderá até mesmo ser desrespeitado, mas somente quanto à prestação a ser realizada além daquele limite, nunca aquém, uma vez que isso afrontaria a própria dignidade da pessoa humana.

No mais, também não há que se falar em um suposto consequente impedimento para que o Judiciário averigüe aspectos concernentes à legalidade ou constitucionalidade de tais lacunas, pois o que deve ser priorizado é a dignidade da pessoa humana, bem como a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, elementos estes essenciais a qualquer Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o controle judicial de políticas públicas é, mais do que possível, necessário em um regime democrático, decorrendo da própria letra da Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 0255945-63.2012.8.19.0001. Relator: Desembargador Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C52B3121DFAC EE26238929F329BAEC4DC5024A37554C>>. Acesso em: 30 nov 2013.

<sup>49</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

Os obstáculos apresentados pela Administração Pública e pela doutrina e jurisprudência contrárias ao aludido controle, assim, não devem ser interpretados literalmente, tampouco vistos como sendo intransponíveis, devendo sim ser esses limites relativizados, ainda mais no atual contexto de judicialização no qual o Brasil se enquadra.

O aludido controle judicial de políticas públicas, longe de afrontar o princípio da separação de poderes, o privilegia, tendo em vista que tal princípio deve ser visto à luz do sistema de freios e contrapesos, de modo que a cada um dos Poderes cabe a supervisão e a avaliação dos demais, tudo para que se evite a configuração de abusos inescusáveis em prejuízo da população.

No mais, é patente que uma das funções precípua do Judiciário é justamente a de aplicação, na prática, dos direitos e garantias estabelecidos pela Lei Maior, sendo certo que não há norma constitucional que seja completamente destituída de eficácia.

Por fim, assiste razão em parte à Administração Pública ao suscitar a teoria da reserva do possível e a discricionariedade administrativa dela oriunda como limitadoras, em alguns casos, da implementação de políticas públicas.

Porém, o referido obstáculo não é apto a, por si só, afastar por completo a apreciação do Poder Judiciário, uma vez que o risco para a configuração de arbitrariedades seria enorme. Não obstante, quando em confronto com o mínimo existencial, não pode a reserva do possível jamais prevalecer, devendo aquele ser visualizado caso a caso, papel este que também cabe ao Judiciário.

“Por essa razão é que o Judiciário, no controle de políticas públicas, deve ser visto como uma das funções da soberania do Estado em ação, atuando no suprimento da ausência do legislador ou da Administração.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> DANIEL, op. cit., p. 110.

## REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2013.
- BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da administração pública. In: *Direito administrativo: estudos e homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial*. Organização Yussef Said Cahali. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE nº 463210 AgR/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=378405>>. Acesso em: 15 jul 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3682/MT. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 24 jul 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios de interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, p. 163, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FARIA, Erika Gomes de. *Ativismo Judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal*. 2012. 43 f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GARCIA, Emerson. Tripartição semântica do poder e dualidade fática? *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, 2012, p. 13-21, abr./jun. 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, vol. I.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Suellen Miranda de. *Omissão inconstitucional: Poder Judiciário como legislador positivo e a evolução dos efeitos do Mandado de Injunção*. 2012. 29 f. Artigo Científico (Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento da democracia substantiva. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, 2012, p. 9-23, jul./set. 2012.

MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 9, n. 37, p. 101-107, out./dez. 2001.

ORNELLAS, Juliana Guimarães. *A eficácia normativa dos direitos fundamentais diante da omissão inconstitucional*. 2012. 28 f. Artigo Científico (Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEFERJAN, Tatiana Robles. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SLAIBI FILHO, NAGIB. A organização dos Poderes. O princípio da separação dos Poderes. O controle recíproco entre os Poderes. A organização dos Poderes nos Estados e nos Municípios. In: MÓDULO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, TURMA CPVA, TEMA 01, 2013, ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

TRIGUEIRO, Priscila Silva. *O controle judicial de políticas públicas*. 2012. 28 f. Artigo Científico (Pós-Graduação em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

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