

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

MOTTA FILHO, Nestor Mauricio¹
BIANCONI, Viviana²

RESUMO

Este estudo estreito tem dois propósitos relevantes. O primeiro é investigar algumas críticas emitidas pela doutrina e a possibilidade de controle legal em políticas públicas. Em segundo lugar, argumentar a probabilidade de alguns mecanismos de controle legal de políticas públicas visando o surgimento de direitos fundamentais que em vez de esgotar ou substituir o controle político-social no assunto, sejam instruídos para protegê-los.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas, controle jurisdicional, direitos fundamentais.

JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

ABSTRACT

This narrow study has two relevant purposes. First, to investigate some criticism issued by the doctrine and the possibility of legal control in public policies. And secondly, to argue the probability of some mechanisms of legal control of public policies aimed at the rise of fundamental rights that, instead of exhausting or replacing political-social control in the subject, are instructed to guard them.

KEYWORDS: Public policies, judicial control, fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa de um modo despretensioso e pontual, traçar alguns apontamentos sobre um importante tema que está no noticiário da TV e nos diversos meios jornalísticos e redes sociais diuturnamente, nunca na república ouviu-se falar tantas vezes de políticas públicas relacionadas de uma maneira direta ou até mesmo indiretamente sendo tratadas e discutidas, pelo poder judiciário, a sociedade brasileira se depara através de um constante acesso a informação sobre conflitos judiciais relacionados a políticas públicas cada vez mais evidentes, gerando um eminente e claro abrandamento nos contornos das respostas através do poder judiciário sobre a omissão do estado na correta aplicação e destinação de políticas públicas e das diversas demandas que a provocam em busca de uma aplicação justa e

¹ Turismólogo, acadêmico do Curso de Direito, nestor@viptour.com.br

² Docente Orientadora, Mestre em Direito Processual e Cidadania, viviana@fag.edu.br

equitativa do direito e dos princípios da razoabilidade e da eficiência em conflito com os princípios da administração pública da oportunidade e da conveniência.

Este estreito estudo tem dois propósitos relevantes. Em primeiro lugar, pesquisar algumas críticas emitidas pela doutrina e a possibilidade de controle jurídico nas políticas públicas. E em segundo, polemizar a probabilidade de alguns mecanismos de controle jurídico das políticas públicas voltadas à ascensão dos direitos fundamentais que, ao invés de exaurir ou substituírem o controle político-social no tema, sejam instruídos a tutela-los.

Trataremos no presente artigo de forma muito breve e longe de ser esgotada, até mesmo por se tratar de um assunto que em minha opinião é inesgotável, e em constante mutação, lembrando que o controle jurisdicional de políticas públicas altera-se na medida em que a sociedade evolui, sendo que o entendido como a maneira correta de se jurisdicionarizar as políticas públicas hoje de uma forma contemporânea, não são as mesmas do passado, e nem serão as mesmas do futuro, pois a própria sociedade, as políticas públicas e o entendimento da doutrina e jurisprudência se alternam no passar dos tempos.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso a doutrina prefere a denominação “dimensões” (CAVALCANTI FILHO, 2010).

Pedro Lenza (2012) corroborando com a ideia do autor acima a doutrina, costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova dimensão não abandonaria as outras conquistas da “dimensão” anterior e, assim a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (INDIVIDUAIS E NEGATIVOS)

Foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado não pode desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer. São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc (CAVALCANTI FILHO, 2010).

Os direitos humanos da 01ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. O mesmo doutrinador em uma análise mais histórica confirma que o seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVII (LENZA, 2012).

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO (SOCIAIS, ECONÔMICOS, E CULTURAIS OU DIREITOS POSITIVOS)

O momento histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de 02ª dimensão foi a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Nessa mesma linha de tempo, segue informando que nesse sentido e em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), em busca de reivindicações trabalhistas e de normas de assistência social. (LENZA, 2012).

Bonavides et al. (1997 *apud* LENZA, 2012, p. 959), observa que essas Constituições “passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. (Aquilo que hoje se fala em **“reserva do possível”**, acrescente-se). E continua o mestre: “de juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de **aplicabilidade imediata** dos direitos fundamentais [grifo meu].

Aqui não podemos deixar de sublinhar que se encontra o cerne de nossa embrionária análise e porque não estudo, tendo em vista a sua recorrente necessidade de tutela do Estado, tanto em uma eventual ausência por omissão por parte do poder legislativo na criação de leis aptas a indicar o caminho correto a ser seguido, bem como, ao poder executivo na correta e mais adequada execução das mesmas, considerando a eminente necessidade do cidadão em ter que recorrer ao poder judiciário para tentar buscar a aplicação da tutela jurisdicional, bem como, a norma mais adequada a necessidade do mesmo na visão do poder judiciário, refletindo a imediata aplicação do controle jurisdicional das políticas públicas pelo Poder Judiciário, ou melhor, dizendo “Protagonismo ou Ativismo Judicial”.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO (DIFUSOS E COLETIVOS)

São direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, porém não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou supraindividuais (estão acima do indivíduo isoladamente considerado). Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade conectada em valores compartilhados, a humanidade passou a perceber que, na sociedade de massa, há determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas, grupos esses, às vezes, absolutamente indeterminados (CAVALCANTI FILHO, 2010).

A doutrina ainda segue desenhando os direitos fundamentais de 04º e 05º gerações ou dimensões como se entenda melhor e como se organiza o controle na separação dos poderes e a interferência do poder judiciário na aplicação de políticas públicas que estão ligadas naturalmente mais aos direitos de 02º geração como já apontado anteriormente.

3 QUANDO E PORQUE SURGEM OS DIREITOS SOCIAIS

Montesquieu et al. (1789 *apud* GRINOVER, 2013, p. 125), condiciona a “liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos poderes, e afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas, igualmente exequíveis de forma tirânica”.

Dallari et al. (2007 *apud* GRINOVER, 2013, p. 125), afirma que a “teoria foi consagrada em momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual”. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais [conforme visto anteriormente no item 2.2], ou seja, das **liberdades ditas negativas**, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade [grifo meu].

Na teoria tradicional da divisão dos poderes, o juiz era visto como a “*la bouche de la loi*” termo francês utilizado muito após a revolução daquele país em 1789 “boca da lei” no qual aparentando um notável avanço, pois acabaria com o alvedrio, delimitando o juiz ao limite da lei, ou melhor entendendo a norma geral e genérica emanada do Poder Legislativo (GRINOVER, 2013).

A passagem entre o Estado liberal e o Estado social provoca mudança na criação do Estado e seus objetivos, nesta visão o Estado surge para servir ao bem comum e, evidentemente sanar direitos fundamentais e, com o fim de observação preservar a igualdade material entre os indivíduos. Surge então a segunda geração de direitos fundamentais (direitos econômico-sociais) vindo a somar-se com os direitos de liberdade. De pronto ocorre aí à inversão do direito negativo (abstenção do estado no direito privado) para o direito positivo (dever de dar, fazer e prestar) tendo assim a atividade do Poder Judiciário se ampliado naturalmente (GRINOVER, 2013).

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci (2006), políticas públicas são o itinerário da atividade governamental que tem como resultado um processo ou uma reunião de processos juridicamente delimitados, processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial, entre outros, tendo como objetivo coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para o alcance de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Surge aí necessidade de se avaliar políticas públicas, que nada mais é que o conjunto de ações criadas pelo Poder Público para concretizar as direções do bem comum, justiça social e a igualdade dos cidadãos. Ao enfrentar o estudo das normas constitucionais, é provável concluir pela presença efetiva de diversas atividades a serem desenvolvidas pelo Estado e pelos próprios cidadãos, tendo em vista que política pública é um bem de toda coletividade (OHLWEILER, 2013).

Por outro ponto de vista Livia R. S. B. Lage, em seu artigo que faz parte de uma obra Coordenada por Ada Pelegrini Grinover e Kazuo Watanabe (2013) com o mesmo título deste despretensioso artigo, alerta que o direito fundamental social não é sinônimo de políticas

públicas, a qual deve ser enfrentada como meio para atingimento daquele, passando a tentar definir um conceito de políticas públicas através do qual Política pública seria a plataforma de atividade governamental que nasce como consequência de um processo ou grupo de processos juridicamente regulados, processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, etc.

Com o objetivo de demonstrar as ferramentas a disposição do Estado e as atitudes privadas para a finalização de resultados socialmente relevantes e politicamente determinadas. Como modelo ideal, a política pública deve mirar o resultado de objetivos definidos, demonstrando a escolha de prioridades, a guarda de meios necessários à sua realização e o prazo de tempo em que se pretende a conquista dos resultados (LAGE, 2013).

3.1 CONEXÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O mínimo existencial é o alvo básico do princípio da dignidade humana, protegido por uma vasta gama de direitos fundamentais sociais, como direito a educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, a proteção, a maternidade e a infância. Para o aperfeiçoamento de todos esses direitos ainda que emparelhada à eficácia do mínimo existencial sejam evidentemente prestações positivas que exigem do Estado fundos públicos consideráveis (WATANABE, 2013).

O elo dos direitos (fundamentais) sociais com o paradigma de uma segurança de um mínimo existencial é claro e cristalino, mas o mesmo ponto de vista é de uma subjetividade e divergência que de longa data se inserem no rol das questões levantadas a respeito dos direitos fundamentais. Mesmo entendendo que o assunto não é nenhuma novidade, é visível que o assunto é extremamente contemporâneo tendo sido enfrentado em diversos estudos ordenados (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Examina minunciosamente Ada Pellegrini Grinover que o nosso Constituinte, segue o desenvolvimento da história do constitucionalismo futuro, atravessando plenamente o padrão de **Estado Liberal** cuja intenção plena era o de mitigar o poder do Estado, com o controle de sua atividade no ciclo dos direitos individuais, protegendo os **direitos fundamentais de primeira geração**, as requeridas liberdades negativas (obrigação de abstenção do Estado no uso da liberdade pelo cidadão). Recepcionaram o nosso Constituinte as prevenções e o norte do Estado Social, protegendo os direitos econômicos, sociais e culturais, os definidos **direitos fundamentais de segunda geração**, que protegem as parcelas positivas (*dare, facere*,

praestare) para poder ser usado por todos os cidadãos desses novos direitos (v.g., direito à saúde, direito à educação, moradia etc.) (WATANABE, 2013) [grifo meu].

Em seu estudo Mariana Filchtiner Figueiredo, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Ingo Wolfgang Sarlet, agregam como exemplo e paradigma que apesar de não existirem, de uma maneira geral, direitos sociais padronizados, visivelmente de natureza prestacional, explicitamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – exceto a previsão da tutela da maternidade e dos filhos, bem como a determinação de uma atividade positiva do Estado na seara do equilíbrio de desigualdades fáticas no que diz com a segregação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais que para muitos não eram identificados como direitos sociais, à discussão ao redor da tutela do mínimo existencial para uma sobrevivência digna preencheu posição sublinhada não apenas no ofício preparatório no âmbito do processo constituinte, mas também no decorrer da vigência da Lei Fundamental de 1949, onde criou-se pela doutrina mas também no campo da conduta legislativa, administrativa e jurisprudencial (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Retornando para o enfrentamento dos direitos fundamentais de nossa Constituição Federal de 1988, emanados no seu ar. 3º, com a adição do princípio da prevalência dos direitos humanos publicados no art. 4º, II, analisa Ada Pellegrini Grinover que “o Estado deve organizar-se de maneira a *facere* e *praestare*, refletindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito se converte em Estado democrático de direito” (WATANABE, 2013).

Kazuo Watanabe presidente do Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais – CEBEPEJ – em 2008 cita em sua pesquisa dentro de um seminário realizado entre os dias 14 e 15 de abril de 2010, na Faculdade de Direito da USP, vindo após a ser editado um livro com 20 (vinte) artigos de diferentes estudiosos do direito, incluindo um dele que Oswaldo Canela Junior, em tese de doutorado (A efetivação dos direitos fundamentais por meio do processo coletivo e âmbito da cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário – no prelo), carrega a seguinte observação a de enfrentamento da política estatal, a que todos os órgãos do Estado, inclusive o Judiciário, estão constitucionalmente vinculados:

Política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam a realização dos fins primordiais do Estado (WATTANABE, 2013, p.216).

Faz-se necessário pontuar, por outro lado, que na mesma via da ideia do conteúdo nominado de mínimo existencial, bem como o que diz respeito a sua proteção e implementação, se inserem diversas posições a respeito das opções e limites da atuação do Poder Judiciário nesta lacuna. Por outro lado, impera o posicionamento na direção de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial entendem-se também como direito e garantia fundamental, devendo assegurar assim sintonia com um entendimento constitucional adequado do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesta direção entende-se que a dignidade da pessoa humana somente ficará segura, em linhas de condições mínimas à serem tuteladas pelo Estado e pela sociedade, onde ao individual e a coletividade estiverem garantidas nem menos, nem mais do que uma vida saudável (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Por outro lado, Kazuo Watanabe (2013) entende que o “mínimo existencial” além de mutável historicamente e geograficamente, transmite uma ideia dinâmica e evolutiva, suportada pelo princípio da proibição de retrocesso, pondo em prática a sua incorporação na medida em que melhorem os meios sociais e econômicos do país. O que no presente, pelos meios disponíveis, podem ser judicialmente tuteláveis, poderá vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato, segundo o desenvolvimento do país.

Continuam os autores citados acima no enfrentamento do tema, com a finalidade de fundamentar o que seria o mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, devemos encarar com cuidado, pelo menos nos moldes em que foi gerida, a diferença acima apresentada entre o mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, publicamente pelo fato de que uma casual barreira do centro vital de sobrevivência do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, na direção de uma tutela apenas das condições materiais mínimas que estancam seja colocada em perigo a própria vida do indivíduo, podendo isso ser usado de desculpa para a subtração do mínimo existencial exatamente a um mínimo meramente “vital” (de mera manutenção física). Por outro lado, até mesmo a distinção entre o espaço do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a desgosto dos importantes marcos de contato, não se misturam, poderá vir a ser desmazelado (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

O acolhimento da teoria de “mínimo existencial” é efetuado para viabilizar a proteção jurisdicional direta, sem a particularidade de anterior ponderação do Legislativo ou do Executivo por intermédio de política pública determinada, e sem a opção de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua concretização, valendo sublinhar sem subordinação à cláusula da “reserva do possível”. O mínimo existencial tenta localizar a segurança do núcleo

básico do princípio da dignidade humana, sem o qual poderá contestar que o princípio foi violado e que assume caráter de norma e não princípio, e sem essas obrigações materiais mínimas relativas ao centro básico do princípio da dignidade da pessoa humana se poderá concluir que o cidadão se encontra em situação de indignidade. Aceitar que em relação ao mínimo existencial possa o Estado alegar qualquer natureza de impedimento de ordem econômica, conjurando a cláusula da reserva do possível, seria o mesmo que aceitar que alguém possa seguir vivendo em estado de baixa, o que desafiaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III) (WATANABE, 2013).

4 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JURISDICIONAL

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), tratando do tema da discricionariedade administrativa a autora entende que o referido assunto possui regras e limites impostos pela lei e sujeitos ao controle jurídico vigente, limites e controle estes que não podem ser ultrapassados sob a pena de ilegalidade, enfrentando isso ela segue com a ideia de que o poder administrativo é vinculado, e que de frente de determinadas questões, a administração tem capacidade de agir de tal ou qual forma entender mais adequada, encontrando aí o elo entre o ato administrativo e o controle jurisdicional, pois a administração deve executar suas atividades positivadas e amparadas em uma lei, mas partindo sempre de um direito subjetivo da administração de se escolher qual ato é o mais viável para determinado caso em concreto.

A autora Juliana M. Daniel, atenta em seu ensaio que de muito tempo à doutrina se embate sobre o tema da discricionariedade administrativa e o eminente controle pelo Poder Judiciário, e que apesar do empenho dos pesquisadores e toda produção acadêmica a respeito, até o presente momento a doutrina não encontrou e tampouco os Tribunais conseguiram um entendimento unânime. Pelo contrário, visualiza-se um processo que passa por etapas sucessivas, uma desgastante discussão sobre a discricionariedade administrativa, cuja aproximação muda desde a tradicional diferenciação entre atos discricionários e atos vinculados da Administração Pública, até a ideia da reserva do possível surgida na Alemanha, sobre os conceitos jurídicos indeterminados e as barreiras sobre o ativismo judicial (DANIEL, 2013).

Segue em seu raciocínio a autora no sentido de que a atual situação se sobrecarrega à medida que a discricionariedade do agente público na tomada de decisões é vista a luz dos direitos sociais e sua aplicação via políticas públicas, mormente nos países em desenvolvimento, cuja deficiência estrutural ataca principalmente os direitos fundamentais dos cidadãos, se tornando evidente a carência de ferramentas para a efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal (DANIEL, 2013).

Segundo Mello (2010), atos vinculados são aqueles onde a administração pública tem sua atuação amarrada, ou seja, ela se limita a seguir as determinações legais para efetivar a ordem legal, não há autonomia nesse tipo de ato, a aposentadoria compulsória do funcionário público que completa 70 anos de idade é um exemplo de ato que a administração pública tem sua atuação vinculada, devendo apenas fazer cumprir a determinação legal. Já os atos discricionários, estão ligados à ideia de conveniência e oportunidade, cabendo à administração pública avaliar o cabimento de determinado ato, tendo certa margem de liberdade, podendo decidir qual ato é pertinente ou não segundo seus próprios critérios, porém mesmo tendo capacidade de escolha, a atuação sempre será delimitada por lei. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua discricionariedade:

Discricionariedade é à margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2010, p. 972).

Falar em discricionariedade não significa dizer que não existe regulamentação, mas sim que a legislação em determinados casos deixa ao administrador público certa margem de “liberdade” para decidir sobre que medida tomar, levando-se em consideração o caso concreto na busca da realização do interesse público. Nesses casos, a lei traz preceitos vagos, que devem ser completados conforme melhor entendimento do administrador, assim quando a lei deixa duas ou mais opções válidas perante o direito para o administrador público, denomina-se mérito do ato administrativo, e é nesse contexto que se enquadra as políticas públicas (DI PIETRO, 2014).

Conforme afirma Di Pietro (2014), “mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública”, e é

exatamente nesse ponto que inicia o controle judicial dos atos administrativos discricionários, enquanto nos atos vinculados o Poder Judiciário faz o controle levando em conta o aspecto legalidade (vício de desvio de poder, desproporcionalidade da decisão, por exemplo), nos atos discricionários, além da legalidade do ato, é analisado ainda o seu mérito, ou seja, o judiciário deve verificar se o administrador público ao decidir não extrapolou os limites da discricionariedade, verificando se tal situação realmente se tratava de mérito.

Em relação aos atos vinculados, não existe limitação ao controle judicial, pois a análise pode e deve ser feita levando em conta todos os aspectos que objetivamente vinculem o ato a lei, cabendo ao Judiciário decretar a nulidade dos atos em desconformidade com a legislação (GRINOVER, 2013).

A grande questão está no controle judicial dos atos administrativos discricionários, dos quais surgem as políticas públicas, pois nos últimos tempos, o poder judiciário, ao exercer o controle dos atos administrativos, está cada vez mais adentrando a esfera do espaço reservado por lei à discricionariedade do administrador público. Quando a legislação deixa uma ou mais opções ao administrador, e esse faz uma escolha de acordo com critérios legítimos não pode o Poder Judiciário substituir o papel da administração pública, pois esta possui melhores condições de analisar o caso concreto. Portanto, quando da análise dos atos discricionários, deve o Poder Judiciário se limitar a verificar a legalidade do ato observando se a administração pública não ultrapassou os limites legais da discricionariedade, podendo invalidar o ato em tais casos. (DI PIETRO, 2014).

Torna-se visível, portanto a existência de uma linha tênue separando a discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional, sendo que a primeira é de uma subjetividade relacionada à liberdade que o administrador tem em escolher como, por exemplo: se investira ou depositara uma determinada verba em uma escola ou em um presídio, cumprindo sua liberdade de escolha político-administrativa conferida pelo mandato recebido do povo através de sua eleição como seu representante, já na segunda e não menos visível aparece sempre à vinculação que se exaure com este determinado ato e direção escolhido pelo administrador submetendo-a através de uma provocação ao controle jurisdicional e a aplicação da lei bem como aos fundamentos constitucionais aplicados pelo Poder Judiciário.

5 QUANDO O JUDICIÁRIO ULTRAPASSA SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS E INSTITUCIONAIS: O CASO DA SAÚDE

Segundo o autor Marco A. da Costa Sabino, a realidade vivenciada hoje no Brasil, nos leva a eminente necessidade de enfrentamento do referido tema, não por menos enaltecendo Ada Pellegrini Grinover, pela extrema dedicação no estudo da intervenção judicial no controle de políticas públicas. Alegando que o assunto por si somente, não é novo. A execução, pelo Poder Judiciário, de direitos de outorga obrigatória pelo Estado, sublinhados nos chamados direitos sociais, sempre questão de alta indagação, não somente nos bancos acadêmicos de Direito Constitucional, mas por que não, nas áreas dos mais diversos meios e matérias ligadas de uma maneira ou de outra ao tema aqui enfrentado, citando como exemplos: Direito Administrativo e do Trabalho, Sociologia, Ciências Políticas e Filosofia entre outros. Tornando por obvio sua interdisciplinaridade, e demonstrando quantas dúvidas e questionamentos se apresentam em seu entorno (SABINO, 2013).

Sabino astutamente aponta que apesar de decisões judiciais em casos individuais ordenarem certo comportamento na sociedade, a atriz principal da decisão judiciária política é aquela sentença lavrada no âmbito das ações coletivas, ferramenta moldada pela legislação para proteger os direitos metaindividuais como o consumidor, meio ambiente, idoso, criança e adolescente, a saúde (como não invocá-la?), a educação, dentre outros. Ele brilhantemente complementa e nos faz refletir citando como o caso de uma associação de idosos que apresenta ação civil pública para que seus associados sejam prioritariamente atendidos pelos juízes e promotores, na forma do artigo 3º, inciso I, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), pois bem a decisão (sentença) defere os pedidos, e seu resultado é que, tanto o Poder Judiciário quanto o Parquet se obrigam a adequar-se à nova realidade. Vindo a localizar o autor o núcleo da questão, ou seja, que evidentemente uma política pública de atendimento ao idoso foi transmitida por uma decisão judicial coletiva, informando que esse exemplo corrobora que decisões judiciais coletivas sempre agregaram temas ligados às políticas públicas (SABINO, 2013).

Passado esse breve ensaio o mesmo autor afirma que é preciso um equilíbrio. O qual é necessário porque não se pode instigar do Judiciário o poder de corrigir as inúmeras anomalias que fazem parte a elaboração de políticas públicas de saúde. A realidade é de fato que a inclusão de determinado medicamento nas listas de dispensa obrigatória interessa muita gente, sendo que esses interesses podem servir de base sobre quais medicamentos devem sair ou entrar nas listas, isso normalmente definido por técnicos, mas que regra geral sempre responde a uma autoridade com interesses políticos. O autor argumenta que por isso mesmo não se pode tirar do Judiciário a vantagem de excluir lesão ou ameaça de direito nascida da subtração da adição de um determinado medicamento nas listas, ou de até mesmo um

tratamento como sendo obrigatório e gratuito o fornecimento pelo Estado, aparecendo aí o judiciário no papel de protagonista, mas sempre de forma subsidiária ao executivo, devendo agir sempre onde a omissão executiva lesione direitos dos jurisdicionados (SABINO, 2013).

Já por outro lado, Ricardo Seibel de Freitas Lima, atesta que cresce em todo País, e destacam-se no Estado do Rio Grande do Sul, sentenças judiciais ordenando aos entes públicos ao adimplemento das mais variadas formas de tratamentos a pessoas que provocam o Poder Judiciário, acarretando que esse ativismo judicial, supostamente fundado na garantia do direito constitucional a saúde, tem ocorrido de forma irresponsável, irracional, não criteriosa e de uma maneira pior ainda com o risco de se perpetuar ainda mais uma desigualdade no acesso às atividades e serviços de saúde. O que segundo o autor causa preocupação, portanto não é exatamente o valor que vem sendo gasto, mas a maneira que vem sendo gasto, tendo em vista ainda que na maioria do fundamento teórico que o leva a esse entendimento parte de uma concepção do direito à saúde com uma força eminente e ilimitada do cidadão contra o Estado, o que tenta demonstrar como equivocado (LIMA, 2013).

O autor segue alegando que a sugestão dele não é se esquivar da normatividade e a aplicabilidade imediata do princípio constitucional que tutela o direito à saúde, nem mesmo questionar a alternativa de o Poder Judiciário definir ao Estado parcelas positivas com fundamento neste preceito, mas sim ofertar um padrão que procure concretizar o direito à saúde com relação a justiça social, na forma do art. 193 da Constituição, com a busca de limites que autorizem o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de maneira racional, como determina o art. 196 da Carta Magna (LIMA, 2013).

Já seguindo em outro turno Marco A. da Costa Sabino, alerta que o juiz ao escolher a concessão de medicamentos e terapias para o jurisdicionado que opta por provocar o judiciário em uma ação de conhecimento estritamente individual, semelhante à usada para desfazer uma obra, não tem e às vezes nem terá a exata noção da verdadeira consequência de seu arbítrio, sobretudo quando o autor alega que o sistema brasileiro autoriza a multiplicidade de demandas com o idêntico objeto e que somente pelo fato de serem distintas as partes, acaba por se verificar a multiplicação de milhares de demandas individuais dentre os milhares de órgãos jurisdicionais nacionais. Segue o autor alertando sobre a ideia de que o magistrado ao julgar um processo pode no caso das verbas da saúde vir a alterar a irrigação de recursos estatais em outras áreas ou até mesmo correndo um sério risco de vir a prejudicar ainda a aquisição de remédios na lista do RENAME/SUS (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, Sistema Único de Saúde), julgar mil processos podem refletir ainda mais, porque a demanda de um processo de conhecimento camufla a verdadeira realidade no imediato ou

mediato impacto do ativismo judicial sobre a tutela da saúde individual em detrimento do coletivo em determinados casos, carregando em uma corrente o magistrado a equivocada visão de que, ali, deva se tratar de um caso pouco frequentado ou até mesmo isolado (SABINO, 2013).

Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo, citam um importante problema a ser considerado no controle jurisdicional sobre a saúde pública, que se trata da gratuidade dos serviços públicos de saúde, oferecidos pelo poder público em confronto com os planos de saúde privados, sendo de difícil sustentação num país como o Brasil, tendo em vista tantas desigualdades sociais, que um particular que tenha meios financeiros próprios para pagar um bom plano de saúde privada sem comprometer o digno padrão de vida para si e sua família, possa acessar através do judiciário, sem qualquer tipo de limite ou condição o sistema de saúde público, em pé de igualdade com alguém que não tenha as mesmas condições financeiras de custear com recursos próprios a sua saúde pessoal. Seguem mais além os autores enfrentando com destreza o tema bastante espinhoso, em dizer que o simples fato de quem contribui (impostos) já paga pelo acesso a saúde pública não pode emergir no contexto de uma sociedade com tamanha desigualdade como o Brasil, em que grande parte da totalidade da população (baixa renda) estão isentas de tributação pela renda inferior, mas que são estas mesmas pessoas que sustentam o orçamento através de pagamento de impostos de uma maneira indireta e na maioria das vezes sem terem sequer conhecimento deste fato. O fator em comum entre o princípio da isonomia (tratamento desigual entre os desiguais) – entendido, por evidente, em sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, atingido não apenas pelo olhar do Estado e da sociedade, mas principalmente pelo olhar do indivíduo (na ideia do que este pode esperar do Estado), faz conhecer o que parece ignorado que, no mínimo, o tema da gratuidade do acesso a saúde, é merecedor de uma ampla discussão, ao menos para se tentar chegar a uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, atribuindo assim um valor mais elevado em termos do número de pessoas atendidas pelo sistema e buscando assim uma maior e melhor qualidade nos serviços públicos relacionados a saúde (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Os poderes municipais, estaduais e federais, fundamentam em contestação ao ativismo judicial fundamentando que as decisões do judiciário têm desorganizado o planejamento e as finanças dos entes federativos e da União. Prosseguem afirmando em sua maioria que a intervenção judicial tem exigido dos administradores públicos a redefinirem prioridades e a enfrentar uma situação de alteração na reserva de recursos. Contestam ainda que, com os recursos que têm sido apartados para o cumprimento dos mandados judiciais, poderia ser

viável a construção de novos hospitais e unidades de pronto atendimento, valendo-se desta forma um maior número de cidadãos. Além disso, muitos defendem motivos de que se trata de excesso de ativismo judicial que acabam por favorecer os que têm acesso à justiça, em detrimento da coletividade, uma vez que os recursos são determinados. A mesma autora cita em seu trabalho uma importante análise de um procurador do Estado de São Paulo, Luiz Duarte de Oliveira: “O Judiciário tem privilegiado quem primeiro aporta na Justiça e não o sistema de saúde”, seguindo no enfrentamento ao tema e corroborando com seu ponto de vista, aponta que no mesmo sentido escreveu um procurador do Estado do Paraná, com fundamentos que de pronto seriam seguidos por quase todos os representantes da Administração Pública:

Penso que não devam ser condenadas as ações judiciais como via legítima de salvaguarda do direito à saúde. O que se deve condenar são as distorções verificadas em milhares de decisões judiciais que concedem liminares a pacientes que requerem medicamentos desnecessários, com eficácia não comprovada, com similares ofertados pelo SUS, dadas a pacientes que nem sequer consultaram um médico do SUS, que não necessitam do medicamento e que possuem condições financeiras de adquiri-los. As distorções se verificam, portanto, na falta de comprovação, em processos judiciais, de uma série de requisitos indispensáveis a um julgamento favorável. O Brasil é o único país democrático e de livre mercado no mundo que prevê a universalização 100% gratuita e integral dos serviços de saúde. Tais características, base estrutural do SUS, devem ser mantidas e louvadas no plano ideal, mas devem ser implementadas com olhos abertos para a realidade do Estado brasileiro e da população a ser atendida (MANICA, 2010).

6 O ORÇAMENTO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo informam em uma coletânea intitulada: Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”, que a composição da reserva do possível surgiu na Alemanha, em especial no começo dos anos de 1970, criando-se uma doutrina de que a efetividade dos direitos sociais a parcelas materiais estaria sobre a reserva dos limites financeiros do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais subordinados de prestações financiadas pelos cofres públicos. Seguindo nesta linha de pensamento os autores complementam que a partir disso, a “reserva do possível” passou a demonstrar e tentar indicar que os direitos sociais a prestações materiais estão diretamente ligados a real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, indo mais além no apontamento, frisando ainda que tal disponibilidade estaria inserida no espaço discricionário das decisões governamentais e porque não políticas, diluídas dentro do orçamento público (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

Por outro lado, mas na mesma conclusão Osvaldo Canela Junior, sublinha que um dos fundamentos mais utilizados para responder a inércia da capacidade jurisdicional no controle de políticas públicas seria a deficiência atual de recursos públicos para a devida satisfação da exigência jurisdicional, sendo que os direitos sociais exigem enormes investimentos públicos, de maneira que o ativismo judicial no orçamento, para uma respectiva satisfação, poderia dificultar economicamente a atividade e o funcionamento do próprio Estado (CANELA JUNIOR, 2013).

Já Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo, vão mais além ao admitirem que sobeja envolvida no dever de todos os membros estatais e agentes políticos a obrigação de maximizar os recursos e minimizar a colisão com a reserva do possível, significando em primeira análise, que a reserva do possível deve ser lida com reservas, sendo certo que as barreiras ligadas à reserva do possível podem parecer verdadeiras, mas na verdade são ilusórias. Sendo que muitas das vezes tem sido utilizada pelos representantes do povo e administradores públicos como defesa contra a intervenção judicial e desculpa genérica para a inércia estatal no espaço para a efetivação dos direitos fundamentais em especial os de cunho social (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

7 UMA CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL SEM ANTES PROCURAR OUVIR O PODER EXECUTIVO: DEVIDO PROCESSO LEGAL?

Priscila Faricelli de Mendonça chega ao entendimento que no sistema jurisdicional brasileiro é autorizado ao Judiciário adentrar na atuação do poder político por meio de um estudo das políticas públicas e elaboração de sua execução, sendo assim adequado que se cobre a execução de atos por parte do poder público, e os juízes poderão, nesse trabalho, transcender os bloqueios burocráticos da atuação do poder público de maneira a efetivar e preservar os direitos fundamentais dos cidadãos que buscam o Poder Judiciário pela tutela de seus direitos. Segue a autora em seu raciocínio afirmando, no entanto que os magistrados, na medida em que têm sua atuação delimitada pela Constituição Federal, estarão sempre sujeitos aos seus princípios constitucionais norteadores de suas decisões, e que por obvio não poderão exceder seus poderes e limites impostos pelo Poder Constituinte, sob a sanção, de através de atuação excessiva e desproporcional, eles próprios acabarem por extrapolar as barreiras que lhes são determinados pela Lei Maior (MENDONÇA, 2013).

Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo, alertam sobre um importante tema que como eles mesmos sublinham é tratado em sua obra de maneira superficial, tema este que é recorrente, pelo menos no que diz respeito a multiplicação do número de demandas judiciais a este respeito, é a pretensão de condenação do Estado ao custeio de medicamentos e tratamentos que estão ausentes das listas do sistema de saúde e que na maioria das demandas são prescritos por profissionais sem qualquer tipo de subordinação com esse sistema, citado como exemplo pelos autores de profissionais (“particulares”, em linguagem simples). Seguem em outra linha de pensamento que se tais listas tutelam a segurança e eficiência às indicações que contém de maneira comprovada pelos órgãos sanitários competentes, no mesmo ponto de vista são incapazes de atender todas as demandas. Fora isso, quando o requerente muitas das vezes aborda o mínimo existencial em conjunto com a garantia da dignidade na vida e na própria morte dos jurisdicionados, os autores pensam que o alvo talvez de maior relevo seja uma reciclagem do papel ativo do judiciário nessas questões (SARLET e FIGUEIREDO, 2013).

É necessário, nesse interim, prudência para que o magistrado não tome decisões equivocadas por ignorar profundamente determinado âmbito de atuação das políticas públicas, não é forçoso, por exemplo, em se tratando especificamente de questões do meio ambiente, sublinhar que a incompreensão técnica dos magistrados pode ser desastrosa quando se tratar da regulação de políticas públicas no referido setor do meio ambiente, um dos demais ramos relacionados às diversas políticas públicas afetas ao clivo do poder judiciário, se aplicando o mesmo a outros ramos, tais como saúde, educação, moradia, etc. Igualmente, os magistrados ao interferir nas políticas públicas, não podem afastar-se da harmonia à tripartição dos Poderes, eis que estampam o Princípio Federativo, assim como também tutelarem os direitos e deveres individuais dos jurisdicionados, e que se de relevo como *clausula pétrea* de nossa Constituição Federal de 1988. Desta maneira precaução, na busca de evitar-se dano futuro deverá ser tomada para delimitar o controle do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas sob a pena de ultrapassar a própria legitimidade dos entes que exercem o poder político, eleitos pelo povo por meio de processo eleitoral absolutamente democrático, e legitimados para tal prerrogativa (MENDONÇA, 2013).

É de se ter muita ponderação e prudência quando vamos procurar tratar da interferência ou como se diga do ativismo do poder judiciário em que pese em matérias afetas as políticas públicas, tendo em vista a sua importância e o atual cenário político judiciário que atravessa o Brasil, onde cada dia mais a discussão sobre o tema bate a porta do judiciário buscando uma resposta concreta para as mais variadas demandas sejam relacionadas a saúde,

educação, meio ambiente, segurança, etc. O que temos que ter em mente é que o magistrado não tem o conhecimento técnico ou a discricionariedade política administrativa da oportunidade e da conveniência que um determinado presidente, governador ou prefeito tem, mas quando devido a uma ação ou omissão do Poder Executivo relacionado a necessidade coletiva ou individual da concretização de uma política pública que vise a execução de um direito fundamental mesmo que esse direito surja de alguma norma programática, deve sim o magistrado interferir decidindo em cima de dois princípios basilares de sua sentença ou acórdão que ao meu entender seriam o da proporcionalidade e da razoabilidade em cima de determinado caso que esteja sendo enfrentado.

8 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O autor abaixo chama a atenção para um importante tema a ser enfrentado e delimitado, o qual a meu ver estaria relacionado à aplicação de determinadas regras de conduta processual e aplicação obrigatória de todo magistrado ao se deparar com um litígio envolvendo políticas públicas.

Cappelletti afirma que a história recente indica:

como sendo imprescindível, para todos os Estados e sociedades democráticas e modernas,, a introdução de um sistema de controles recíprocos, checks and balances, que chamamos constitucionalismo moderno, no qual a branche, ramo mais perigoso, ou seja, o ramo, stricto sensu, ‘político’, é controlado por aquele que já Alexandre Hamilton, dois séculos atrás, definiu como a least dangerous branch, a ‘garra’ menos perigosa, ou seja, o Judiciário. (2003, p. 112)

O eminente Ministro da Suprema Corte Celso de Melo, frisa em algum de seus julgados que o Poder Judiciário não pode se esquivar quando provocado para aplicação das normas constitucionais referentes a uma omissão ou ação de um determinado Poder Público.

O Ministro entende que a possibilidade de decisão, pelo STF, de questões envolvendo políticas públicas:

põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades

positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, **DJ** 04.05.2004, p.12).

Segundo Costa (2013) essa restrição do âmbito da discricionariedade administrativa ocorre tanto com relação a condutas comissivas quanto omissivas do Poder Público, pois a inércia do administrador pode constituir desrespeito a imperativos constitucionais de forma indireta. Como já salientando pelo STF:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias, à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torna-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Pública (...). A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (**RTJ**, 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

Costa (2013) informa que o STF deixou claro no julgamento mencionado acima, o qual decidiu pela condenação municipal ao atendimento de crianças de zero a seis anos em creches que:

Não se incluiu ordinariamente no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almadina, Coimbra), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, ‘Direito Administrativo e Políticas Públicas’, 2002, Saraiva), o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impede assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Referindo-se ao tema da intervenção do Poder Judiciário sobre políticas públicas, o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, defende que:

(...) por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com s interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada* (...). Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade (GRINOVER, 2009).

De acordo com Costa (2013), o Ministro Celso de Mello deixou claro que a razoabilidade é questão essencial para a verificação da atuação jurisdicional sobre políticas públicas. Entendeu ele em outro julgamento monocrático que:

Os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaterizar-se-à a possibilidade estatal realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a da atuação do Poder Executivo. É que se tais Poderes do Estados agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos o acesso aos bens cuja fruição lhe haja sido injustamente recusada pelo” (ADPF n. 45 MC/DF).

Com relação à questão orçamentária dispõe a Lei Complementar n. 101/00, em seu art.

Art.16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: (...)

II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; (...)

Resumindo a questão, ensina Ada Pellegrini Grinover (2009):

O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso do descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a ‘reserva do possível’ pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida a inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação (GRINOVER, 2009)

Costa (2013) destaca que o STF “não ignora a questão orçamentaria quando da prolação de suas decisões em questões envolvendo políticas públicas”, conforme podemos verificar nos termos do acórdão:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF n. 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, ‘Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública’, p.105/110, item n.6, e p. 209/211. itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que cláusula da ‘reserva do possível’ – pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de duas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial fundamentalidade” (RE n. 410.715-Agr/SP).

É de se sublinhar o entendimento majoritário de nossa Suprema Corte, partindo-se do pressuposto de que o judiciário já colaborou muito para a implantação indireta de uma série de políticas públicas e direitos sociais que na maioria das vezes não foram implantadas e nem sequer planejadas pelo Poder Executivo, sendo que tal ativismo judicial é inerente a sua conduta no processo e ocorre sempre quando colocado em conflito com a obrigação que o administrador tem em dar cumprimento ao mandado judicial, independente da utilização ou não da reserva do possível ou até mesmo da vinculação de um ato discricionário em que o administrador público se submeta, o judiciário tem dever de interferir para garantir e preservar os direitos de todos os cidadãos, não podendo se falar aí de interferência em Poderes, mas sim da necessidade de harmonia entre os mesmos.

8.1 RESERVA DO POSSÍVEL: OBRIGAÇÃO DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA E DE APLICAÇÃO DA VERBA?

Quando uma sentença determina que o Poder Público execute uma determinada obra ou efetue uma despesa, e processualmente esta decisão encontrar-se capaz de ser executada, a solução financeira é relativamente simples. Basta que o Poder Público envolvido naquela ação judicial adicione em seu orçamento futuro as verbas necessárias para o cumprimento do mandado judicial. Por exemplo, no caso de uma decisão judicial determinar que um ente da federação distribua aos estudantes mais mesas ou salas de aula, estas despesas devem ser incluídas no planejamento financeiro de costume, por meio de uma previsão comunicada no projeto de Lei Orçamentária a ser enviado do Poder Legislativo, a quem se remete a aprovação e discussão daquela referida Lei. As despesas são realizadas pelo Executivo com a devida previsão pelo Poder Legislativo. Sendo que a inclusão de uma dessas prestações futuras (de serviços, obras, compras, por força de mandado judicial), define a possibilidade de o Legislativo dispor do dinheiro público referente àquelas verbas. Isso ocorrendo segundo o autor se trata de um equacionamento financeiro da sentença judicial para dispêndio de parcelas futuras não gerando assim obstáculos financeiros, em face do sistema orçamentário pátrio (SCAFF, 2013).

Por outro lado, esse controle judicial deverá, em qualquer caso, avaliar as previsões orçamentárias como sendo parte da programação da atividade estatal e respeitá-las sempre que não transgredirem frontalmente o ordenamento jurídico. Tal asserção tem como base o fato de que os orçamentos públicos fazem parte da estrutura criada pelo constituinte a fim de

permitir um controle do gasto público em contrapartida às finalidades esperadas. Segundo o autor finalizando seu raciocínio é necessário se ter em vista os orçamentos, como principal instrumento de se chegar à efetivação dos direitos sociais, regulando sua elaboração e sua execução, sendo essa a atitude esperada pelo Poder Judiciário e dos demais órgãos de controle da Administração. Data vênia, todos somos detentores do direito incontestável a uma razoável gestão pública, sendo que o patamar que a sociedade alcançou, como por exemplo, o acesso às informações e, não se questiona, a saudável interferência legítima dos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, fazem brotar um cidadão casa dia mais sabedor de seus direitos e dos deveres de seus mandatários (JACOB, 2013).

9 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O problema direcionado ao controle jurisdicional de políticas públicas encaminha para um tema bastante discutido no Direito Administrativo, referente ao controle da Administração Pública. Controlar denota direcionar, impor determinado horizonte de sentido para uma determinada ação. Aderindo as condições de capacidade do Estado Democrático de Direito, o controle das políticas públicas significa balizar certa área de atuação para o agente público. Muito embora, efetivamente, exista grande semelhança entre políticas públicas e atos políticos, é razoavelmente possível, em relevo com a guinada hermenêutico-constitucional servida pelo neoconstitucionalismo, transcender as posturas restritivas que têm vigorado com relação ao controle destas ações de governo. Na proporção em que as políticas públicas devem estar direcionadas para a materialização de todo um conjunto de preceitos, princípios, direitos e garantias fundamentais, o controle jurisdicional a ser realizado, em última análise, possui correlação diretamente com o fundamento das políticas públicas. O objetivo do controle será garantir que tais espécies de ações da Administração Pública estejam relacionadas por tal fundamento, no caso, o parâmetro que é dado pelo constitucionalismo moderno (OHLWEILER, 2013).

Ao Poder Judiciário brasileiro, como corolário da assunção de novas competências que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal de 1998, dentre as quais se adiciona o controle de constitucionalidade das leis, atos e incumbências de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle e políticas públicas, com o exame de sua execução, adequação ou correção, na forma dos princípios constitucionais. O embaraço do Judiciário, diante da existência de inúmeros direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, está

sublinhado em saber se é cabível ou não, vinculado a todos eles, o seu controle sobre os olhos da Constituição. Importante frisar, se todos eles são providos da possibilidade de tutela jurisdicional, ou alguns deles dependem de prévia ponderação de outros Poderes do Estado, substanciado em formulação específica de política pública para sua devida implementação (WATANABE, 2013).

A concomitância de eventos institucionais e históricos vem acontecendo no caminho de possibilitar fortes estímulos para a interferência provocada do Poder Judiciário em matérias e temas relacionados diretamente dentro da esfera pública e pontualmente no que diz respeito às políticas públicas. O ativismo judicial ou protagonismo judicial como queiram, encontra acolhimento em variáveis derivadas da arquitetura institucional e da amplitude dos direitos reconhecidos legalmente. Essas demarcações levam à autora a conclusão de que a conexão entre o Poder Judiciário e as políticas públicas são inerentes e previsíveis. Segue a autora demonstrando em sem brilhante raciocínio jurídico pontuando que essa conexão tem legitimidade na extensa maioria dos países democráticos, no caso brasileiro, o elo da técnica institucional presidencialista e a abundante constitucionalização de direitos fazem com que ela se mostre em níveis significativamente mais elevados de exequibilidade. Como resultado visualiza-se o impacto de sintomas correlatados: de um lado, a baliza da linha de discricionariedade dos interpretes políticos com a atuação no Executivo e no Legislativo e, de outro, o emprego das possibilidades de intervenção do Judiciário. Esses sintomas sublinham-se a favor da possibilidade da formação de um cenário extremamente apto para a atividade de juízes na condição de atores principais e privilegiados (SADEK, 2013).

Ana Paula Barcelos abre um questionamento interessante há saber-se que sobre o controle das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais rodeia padrões morais ou questões técnicas? Parafraseando e seguindo na indagação da autora a mesma pontua claramente se o debate seria meramente teórico ou tem alguma prescrição prática para a discussão que se abre aqui? Ela mesma responde positivamente, no sentido de que além dos pressupostos puramente jurídicos, o debate sobre o controle de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais pode cingir, de um lado, questões morais e eventualmente também questões puramente técnicas e, de outro, questões puramente políticas e contingentes. O controle das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais – seja esse controle político-social ou jurídico – abraça ao menos dois quesitos morais. Num primeiro plano, o debate sobre a matéria assume um padrão moral – e também jurídico, e que não se tenha dúvidas sobre isso – a essência do homem e de seus direitos no âmbito do Estado de Direito. Assim, alternativas em matéria de políticas públicas que claramente usurpem essa norma,

funcionalizando o indivíduo, serão moralmente descabidas. Em tais casos, o controle jurisdicional terá sua validade incrementada na proporção em que seja viável agregar aos fundamentos jurídicos também o fundamento moral, a fim de qualificar a alternativa do Poder Público como moralmente errônea (BARCELLOS, 2013).

Maria Tereza Sadek, afirma que a constitucionalização de inúmeros direitos individuais e supraindividuais, além do alargamento da relação de temas que não admitem ser objeto de decisão política, desapertou enormemente seu campo de atuação. Resultado disso, o Judiciário, como tradutor da Constituição e das leis, mergulhado na obrigação de tutelar os direitos e de assegurar a reverência ao ordenamento jurídico, foi levantado a uma posição de primeira grandeza. Não há decisão, quer emanada pelo Executivo, quer autorizada pelo Legislativo, que não se submeta de apreciação judicial. Dessa maneira, o Poder Judiciário transforma-se em um ator com inclinação de instigar impactos significativos na esfera política, na elaboração de políticas públicas, bem como na maioria das vezes em sua execução (SADEK, 2013).

A pressuposição mais complexa, data vênica, e mais recorrente, apresenta-se quando não se pode retirar de forma direta da norma jurídica positivada, solução às indagações relevantes em temas relacionados a políticas públicas, como exemplos a autora cita as seguintes indagações bem pontuadas, quando investir, em que investir, com que propósito investir, etc. Nesse exemplo, quem seria legitimado representando o povo, seriam os Poderes Executivo e Legislativo, construir as respostas para tais questionamentos. Mesmo no apontado acima, mesmo em se tratando de campo próprio das deliberações majoritárias, poderá existir controle jurisdicional, a ressentimento universal dos paradigmas jurídicos, constituir um juízo consolidado de certo/errado no rosto das decisões dos poderes públicos, que como a própria autora já afirmou em parágrafo declinado acima de sua autoria, esse juízo pode ter fundamentos morais ou técnico-científicos (BARCELLOS, 2013).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alegava-se no passado principalmente em um dado momento histórico das grandes guerras, que a incumbência do juiz seria a confirmação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas nasceriam de leis injustas, e o encargo por essa injustiça seria do legislador, não do magistrado. Porém o Juiz moderno tem evidente responsabilidade com a administração da justiça. O mesmo não só

deve interagir adequadamente nas atividades processuais, endereçando-as à evidenciação de fatos relevantes e à adequada interpretação da lei, mas principalmente também demonstrar para as partes envolvidas de forma sempre muito bem fundamentada e justificada a solução entendida por correta a fim de que com essa atitude realmente se alcance uma decisão com os olhos voltados aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade balizados pela Constituição Federal, na hora de decidir e redigir sentença(s) ou acórdão(s) afetos as políticas públicas e aos direitos fundamentais, interferindo muitas vezes nas esferas do Poder Executivo e Legislativo, essa atividade deve ser executada de forma harmônica, buscando sempre que essa interferência ocorra de maneira pontual e eficiente para se tentar não usurpar a divisão de poderes emanada pela ordem constitucional, mantendo a harmonia dos mesmos.

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, tão somente presta-se a comprovar a importância do tema selecionado, o qual merece uma entrega digna de uma tese de doutorado, tamanha sua riqueza.

É verificado de plano que de uma forma líquida e transparente, a doutrina está encaminhando-se para um ponto em comum, o qual crê na legitimidade do Poder Judiciário para tutelar os objetivos fundamentais da Constituição Federal (art. 3º), exercendo seu controle nas políticas públicas. Tal controle me arrisca a dizer não fere o princípio da separação de Poderes, tendo o Judiciário o dever de interferir quando houver omissão constitucional do Estado.

E para finalizar o presente artigo não posso me esquivar ou muito menos acovardar-me diante da oportunidade de posicionar-me de forma pessoal e totalmente despretensiosa, mesmo sabendo que ainda estou começando um estudo sobre o assunto que em primeira análise é inesgotável em se tratando da intervenção do Poder Judiciário nas matérias e temas relacionados às políticas públicas e direitos sociais, a minha opinião sobre o presente estudo a partir de um primeiro contato com o mesmo é a seguinte: o caminho mais confiável na busca por uma decisão justa do Poder Judiciário seria primeiramente a aplicação de dois princípios basilares, num contato inicial com o processo de conhecimento concernente ao assunto enfrentado, utilizando-se de plano para a melhor adequação do seu julgado o princípio da proporcionalidade bem como o princípio da razoabilidade e dentro desses dois princípios sempre que possível ouvir o Poder Executivo ou Legislativo na busca pela verdade real e também do devido processo legal e do direito a ampla defesa, e na melhor adequação possível dos princípios constitucionais da lei maior, com o objetivo único mas nunca político, de tutelar os direitos sociais e garantias fundamentais em face de uma eficiente, célere e justa

aplicação de políticas públicas, destinada a uma população que a cada dia está mais carente e desatendida destes direitos.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em materiais de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM L. B. (Org) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, M. P. D. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

CAPPELETTI, M. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz W. (Coord.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

COSTA, S. H. O poder judiciário no controle de políticas Públicas: Uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DANIEL, J. M. Discricionariade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DE MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FILHO, J. T. C. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo>. Acesso em: 10 mai. 2017.

GRINOVER, A. P. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **O Processo** – estudos e pareceres. 3. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. P. 47.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JUNIOR, O. C. O Orçamento e a “Reserva do possível”: Dimensionamento no Controle Judicial e Políticas Públicas. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LAGE, L.R.S.B. Políticas Públicas como Programas e Ações para o Atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

LIMA, R. S. F. Direito à Saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I. W.; TIMM L. B. (Org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MOTTA, J. F. B. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SABINO, M. A. C. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SADEK, M. T. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, I. W. ; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM L. B. (Org.) **Direitos Fundamentais orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria editora do Advogado, 2013.

SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM L. B. (Org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WATANABE, K. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo existencial” e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In: GRINOVER, A. P.; _____ (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.