

# O protagonismo judicial e as políticas públicas

## *The judicial leadership and public policy*

Maurício Oliveira Amorim\*

*Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, Brasil*

Monica Teresa Costa Sousa\*\*

*Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, Brasil*

## 1. Introdução

A ciência jurídica, a exemplo da totalidade dos ramos do saber humano, não pode se definir por exclusão. Desta feita, antes de se mencionar os limites da atividade judicial no efetivo controle das políticas públicas em uma sociedade democrática regida por uma Constituição fortemente compromissória no âmbito social, o jurista tem inúmeras conceituações positivas a construir.

Primeiramente, é desejável, e mesmo necessário, que se delimite qual o campo político em que se atua. A jurisdição pode ter formas distintas de participação na vida cotidiana, a depender do desenho institucional escolhido. Esta categoria vai muito além de mera classificação, pois em um momento posterior será definitivo para se detectar a omissão ou o ativismo judicial.

No Brasil, a Constituição Federal garante ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário o papel de Poderes Políticos. É certo que a atuação de cada um é diferenciada, mas não se pode pretender subtrair de nenhum deles

---

\* Advogado. Assessor Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Maranhão. Especialista em Direito Constitucional (UNIDERP). Mestrando do Curso de Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR). E-mail: mauricio.o.amorim@gmail.com.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito na Universidade Federal do Maranhão (UFMA/PPGDIR) e do Mestrado em Cultura e Sociedade (PGCult). E-mail: mtcostasousa@uol.com.br.

esta característica por correr o risco de afronta à própria organização do Poder Republicano.

A função de cada um dos Poderes é efetivar os objetivos da Carta Política, cada qual ao seu peculiar modo de agir. E um dos fins centrais delineados na Constituição de 1988 é o avanço social por meio das políticas públicas.

Tais políticas podem ser definidas sumariamente como a atuação efetiva do Estado em prol da sociedade civil, por vezes tomando para si ações que poderiam ser desempenhadas por outros entes, ou em outros casos efetuando aquilo que somente o detentor do Poder Público poderia fazer.

São exemplos dessas políticas segurança pública, saúde, educação, infraestrutura, combate à pobreza, etc. A injunção desses objetivos e a repartição entre os entes federados com subdivisões por diversos diplomas normativos já seria por si só um desafio científico considerável, mas a problemática ganha contornos dramáticos quando se considera um elemento essencial: a democracia.

Ou melhor, a democracia representativa. E isto por diversos fatores. A começar pelo respeito inexorável que se deve ter pela vontade popular posto “contra” a defesa que se espera a grupos menos favorecidos, e sempre se considerando a casuística, que não pode ser determinante, tampouco ignorada.

É neste cenário que o aplicador da lei se coloca: o controle judicial jamais poderá ser afastado, seja pela simples percepção de que a atuação judicante é parte integrante da própria concepção política escolhida pelo constituinte originário, seja pelo respeito para com o indivíduo prejudicado pelas escolhas administrativas (e, por vezes, legislativas).

Mas de modo ainda mais grave: em que medida pode um poder interferir no outro, sem que esta atitude represente um desrespeito ao pacto federativo? No caso da intervenção judicial deve-se sempre levar em conta o caráter irrevogável da decisão acobertada pela coisa julgada.

Sempre se deve ter em mente que no melhor e mais amplo conceito de política, não se exerce a cidadania apenas nas urnas, e afastar o acesso à justiça é abominável sob quaisquer perspectivas republicanas.

Deste modo, a justiça e suas funções essenciais não podem se encolher nem exacerbar. E não se deve aceitar a pseudojustificativa do campo político incompatível com suas funções, porque nesta visão de mundo tudo que é caro ao indivíduo e à comunidade deve ser considerado política.

A importância da lei e a elasticidade principiológica que são postas ante o julgador que tem ao fundo garantias inegociáveis são indícios de que concepções fundadas exclusivamente em aspectos morais ou preferências nem sempre respondem de forma satisfatória à realidade, pois a norma não pode se desprender do diploma que lhe outorgou autoridade.

Assim, em vez de respostas fáceis, que apenas empobrecem o debate, como aquelas fundadas em raciocínios que não encontram amparo na lógica, mais recompensador é a tecelagem de uma teoria que não toma as conquistas históricas por incompatíveis. Pois elas não podem ser. No avesso da tirania apenas uma falha científica pode justificar que instituições com idênticos objetivos se colidam de forma a anular suas bases deontológicas.

O intrincado caminho a ser desafiado pelo jurista que se propõe a dirimir de modo prático a celeuma entre jurisdição e macropolítica tem por inescapável a percepção de que qualquer elemento que se subtraia da equação pode reverter todos os esforços civilizatórios no sentido de uma sociedade participativa fundada no Estado de Direito. Não se trata de retórica: o mais perigoso dos sistemas absolutos é também o que mais semelhanças apresenta com a democracia.

## 2. O fim do estado e a separação dos poderes

Uma questão antecede o estudo da aplicação de políticas públicas no Estado de Direito: a separação dos poderes e sua real função. Fala-se desta forma, pois, fosse o poder público exercido por um único órgão a desempenhar todas as funções estatais, seria descabida a discussão a respeito da intervenção em maior ou menor grau de uma esfera de atuação em outra – ou as políticas seriam boas ou seriam ruins, e ponto. Mas não é assim. E a divisão existente não tem apenas fins didáticos ou organizacionais para o Estado. A tripartição não existe apenas para uma mera comodidade, ou para melhor distribuição de competências. Para muito além, ela é baluarte da legalidade, princípio inaugurador e legitimador do Estado submetido ao império da lei como o conhecemos. Sem tal divisão, não teríamos propriamente uma República, mas outra forma de Estado qualquer. Sem nos aprofundarmos nas matrizes históricas do tema, cabe apontar brevemente que o sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu, dentre outras funções, tinha a finalidade principal de deter os impulsos auto-

ritários do Poder. E esta contenção ocorre não por um órgão externo, mas pelo próprio Poder Estatal.

A exigência de separação entre os diversos poderes, além de servir de garantia de aplicação prática do princípio da legalidade, torna-se uma condição essencial para a defesa da liberdade: se numa mesma pessoa ou num mesmo corpo de magistratura se reúne o poder legislativo e o poder executivo a liberdade estará perdida, o mesmo sucedendo se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do poder executivo. A limitação dos poderes e a própria separação dos poderes surgem como instrumentos tendentes a garantir ou assegurar um objetivo nuclear: a liberdade dos cidadãos<sup>1</sup>.

Esta é, portanto, a finalidade precípua da separação: não colocar um Poder em posição inferior aos demais, mas garantir a liberdade calcada no respeito à legalidade. Tem-se, portanto:

Um tal modelo de cooperação entre os vários Poderes do Estado, impedindo que um prevaleça sobre os demais e impondo a necessidade da intervenção de mais de um poder nas decisões [...] um princípio jurídico de paridade entre os Poderes do Estado”<sup>2</sup>.

Não obstante estas considerações, o debate a respeito da legitimidade do controle de um poder sobre outro, e em especial do Judiciário sobre o Executivo sempre acendeu fervorosos debates e gerou descensos doutrinários e mesmo jurisprudenciais. A questão maior não é de índole técnica (sobre como efetuar tal controle), mas de cunho filosófico, já que a representatividade do poder eleito pode parecer maior e mais legítima – porquanto mais próxima do povo – do que daquele advindo de outras formas de investidura, como no caso do Judiciário. Neste sentido:

Uno de los quicios del debate sobre el control judicial de la discrecionalidad es que esse control debe respetar, em cualquier caso, subraya uma de las posiciones de este último debate, com resolución, el papel constitucional que al Ejecutivo (o a los administradores autonómicos o locales) reserva el sistema

---

1 OTERO, 2011, p. 48.

2 *Ibid.*, p. 49.

político. Esse respeito es tanto más exigible cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho em que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentam una legitimación popular, han sido colocados em sus puestos por el voto y com la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, ló que hacen em su nombre<sup>3</sup>.

Pela forma natural de atuação do Poder Executivo, a ele cabe a concretização do que fora anteriormente fixado pelo Legislativo em sua atividade típica. Ao Judiciário, a solução dos conflitos envolvendo a aplicação da lei, em substituição às partes.

Para uma completa compreensão das políticas públicas de um Estado, e como estas influenciarão o destino social e a vida de seus cidadãos, deve-se primeiramente entender quais os fins do Estado. Antes ainda desta constatação, é de bem ressaltar que “fim” e “função” são conceitos distintos, sendo que aquele revela os motivos que justificam a existência do Estado, e esta os meios perpetrados para se atingir os fins determinados. Podemos aceitar que

o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja o conjunto de todas as condições de vida social que consistam no desenvolvimento integral da personalidade humana e o favoreçam<sup>4</sup>.

Uma primeira constatação já salta aos olhos: salvo raríssimos pontos de consenso universal, não se está a tratar aqui de verdades absolutas, que devam ser implementadas em qualquer lugar e a qualquer tempo. O fim de um Estado pode (e vai) variar de acordo com a civilização em estudo. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari assinala que existe uma fundamental diferença que qualifica a finalidade do Estado: ele busca o bem comum de um determinado povo, situado em território específico. Acrescenta ainda que esta busca do bem comum envolve “o conjunto de todas as condições

---

3 ENTERRÍA, 2009, p. 49. Tradução livre: Uma das consequências do debate sobre a revisão judicial da discricionariedade é que esse controle deve respeitar, em qualquer caso, conforme entendimento do último debate, o papel constitucional que o Executivo (ou os administradores locais) tem no sistema político. Esse respeito é muito mais exequível, porque, no Estado democrático e social de direito em que estamos, quem exerce essas funções ostenta uma legitimidade popular, foram colocados em seus cargos pelo voto e com confiança das pessoas para gerir os seus interesses.

4 LIBERATI, 2013, p. 27.

de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Portanto, o desenvolvimento integral da personalidade dessa mesma comunidade é que deve ser o seu objetivo; sendo, portanto o que determina a concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades representadas por cada povo<sup>5</sup>.

Especificamente no caso do Brasil, podemos assumir de forma direta e clara quais os fins do Estado, pois a Constituição de 1998 (de forma inédita) em seu artigo 3º delineou quais os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana<sup>6</sup>.

Ora, percebe-se de forma indubitável, que estes fins não são apenas recursos retóricos ou criações doutrinárias. Para afastar qualquer dúvida sobre a sua importância, e a extensão de sua imponência, o legislador constituinte não apenas incluiu os objetivos de forma expressa na Constituição, como os erigiu à categoria de *fundamentais* à República. Em eventuais celeumas que podem ocorrer (e de fato ocorrem), não será necessária uma interpretação inventiva para se demonstrar a sua concretude. E não serão leis infraconstitucionais ou tecnicismos que deverão afastar a incidências de tais objetivos.

Importante ressaltar que estes fins, delineados na Carta, apontam para o mesmo objetivo: a proteção à dignidade da pessoa humana – esta situada em patamar mais elevado, de *fundamento do Estado Democrático de Direito*, conforme se extrai do art. 1º da CRFB/88.

---

5 DALLARI, 1998, p. 107.

6 SILVA, 2008, p. 106.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a toda existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>.

Cabe neste momento uma breve anotação a respeito do chamado “mínimo existencial”. É que nem toda ação estatal pode ser taxada de indispensável, não obstante a sua importância no plano macro da política econômica e da vida social. Existe aquilo sem o qual todo o mais rui, haja vista a absoluta prioridade de determinados institutos. Neste sentido:

Qualquer digressão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete, imediata e quase intuitivamente, ao mínimo existencial na expectativa de que ele represente uma parcela elementar do próprio direito, aquém da qual perde significado concreto, desfigurando-se completamente. A omissão inconstitucional reside em deixar de adotar as medidas indispensáveis à realização desse mínimo [...]. Na CF/88, além de a definição dos direitos sociais estar devidamente feita, a regra do art. 5º, §1º, impõe a aplicação imediata deles, sendo, pois, inexorável encontrar formas para determinar a produção de efeitos, bem como para apurar eventual núcleo essencial<sup>8</sup>.

Na concepção de Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>, este mínimo significa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pres-

---

7 SILVA, 2008, p. 105.

8 SAMPAIO, 2013, pp. 222-223.

9 BARROSO, 2009, p. 179.

suposto da dignidade, para qualquer pessoa. Essa expressão identifica, portanto, um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais como um todo. Mesmo com alguma variação, há um razoável consenso em incluir neste rol uma renda mínima, saúde básica e educação fundamental, além do acesso à justiça<sup>10</sup>.

Por não ser objeto do presente estudo, não nos aprofundaremos nas várias teorias e críticas a respeito do mínimo existencial, bastando a ressalva de que, se dentre os vários entendimentos a respeito do que ele seja existe algum consenso intangível, é nele que reside a inescapável obrigação do Poder Público mediante suas políticas específicas.

Todas as garantias e princípios supramencionados não passariam de letra morta se não existisse um mecanismo governamental que os pusesse em prática. Esses enunciados somente serão exercidos se o Estado prestar os serviços referentes aos direitos equivalentes, ou seja, se ele lhes der concretude. Tal mecanismo realizador é conhecido pela alcunha de “políticas públicas”. Em uma acepção mais radical, poder-se-ia mesmo dizer que sem as políticas públicas, o Estado nem mesmo existe, pois sua razão de ser está diretamente ligada à implementação dos direitos das pessoas na comunidade onde vivem.

Segundo Cristiane Derani,

As políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas, porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas<sup>11</sup>.

Esta definição sofre algumas críticas por limitar o caráter de política pública àquelas que sejam prolatadas por autoridade pública, não contemplando outros agentes, como detentores de cargos administrativos e burocráticos. Os autores destas observações parecem dar mais importân-

---

10 SAMPAIO, 2013, p. 225.

11 DERANI, 2002. p. 239.



cia ao objeto material da política pública do que propriamente ao agente. Realmente, no atual contexto político, essa decisão provavelmente é mais acertada, pois nem tudo o que uma determinada autoridade pública faça será política pública, ao passo que outros agentes, mesmo não detentores dessa condição podem efetivamente tomar parte de alguma ação que se revestirá indiscutivelmente deste caráter.

De modo mais abrangente, pode-se entender política pública como um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do poder público em determinada área. Neste sentido, a universalidade é compreendida enquanto garantidora de acesso a todos, porém, sem desconsiderar a diversidade e a heterogeneidade da população e suas regiões<sup>12</sup>.

Já no que toca à efetivação destas políticas, para que não se perca a objetividade, sobretudo quando se trata de um país continental, como é o caso do Brasil, onde é impossível fixar uma única política pública para todo o território, é fundamental a congruência para com a finalidade intentada:

Não se pode perder de vista o fio condutor que estrutura a gestão das políticas públicas: o interesse público, cujo objetivo visa a, sobretudo, garantir o exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Pode-se dizer, também, que a observância do interesse público implica direcionar, obrigatoriamente, a ação do administrador para a consecução da finalidade dos atos administrativos, sob pena de, não o fazendo, incorrer em desvio de finalidade. Não basta ter ações públicas, para atender aos comandos exarados na lei; é necessário que esses comandos estejam intimamente ligados e subordinados, também – e sobretudo! –, ao princípio do respeito à dignidade humana e do interesse público, assim como aos demais princípios constitucionais administrativos que sustentam o Estado Democrático de Direito<sup>13</sup>.

Se o interesse público – a ser defendido mediante a efetivação dos direitos sociais – é o norte a ser seguido pelos administradores, é certo concluir que, de um lado, interesses privados dos detentores do poder não podem macular a atuação pública, e, de outro, que o âmbito de “liberdade” é totalmente determinado pela lei (expressão da vontade popular). Em ou-

---

12 LIBERATI, 2013, p. 85.

13 *Ibid.*, p. 112.

tras palavras, quando se fala em atos vinculados e em atos discricionários, não temos a matéria como principal objeto da discussão, mas tão somente o grau de liberdade conferido pelo legislador para que o administrador se movimente exclusivamente em prol de realizar as políticas pré-determinadas. Não existe a opção entre efetivar ou não efetivar as políticas públicas: o arbítrio que se confere é apenas de como se chegará àquele fim.

“Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional”<sup>14</sup>.

Neste sentido:

É certo que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Dessa forma, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente, ou tantos outros. Afinal, o princípio da supremacia do interesse público é pressuposto lógico do convívio social. [...] A tomada de decisão por agentes governamentais terá o limite espacial dado pela lei, em face da vinculação dos atos administrativos ao comando legal. Em suma, quanto maior for o espaço de liberdade deixado ao decisor, menores serão as vinculações da decisão. De certa forma, o administrador público, ao agir discricionariamente, estará cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto<sup>15</sup>.

Não se pode olvidar que por vezes a vontade legislativa (ou, ainda mais, constituinte) não apenas determina a execução de determinada política pública, como também ordena qual o seu posicionamento em relação a outras políticas e afazeres públicos. É o que acontece, por exemplo, com o artigo 227 da Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 4º da Lei n.º 8.069/90, que confere “absoluta prioridade” aos direitos fundamentais

---

14 WANG, 2008, p. 541.

15 LIBERATI, 2013, p. 114.

de crianças e adolescentes, chegando mesmo a fixar destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção da infância e juventude. Ora, se não existem palavras gratuitas na lei,

por absoluta prioridade, entende-se que a área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não deverá asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc<sup>16</sup>.

E tal constatação se dá, por que obviamente a vida, a saúde, o lar e a prevenção de doenças são mais importantes que obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder dos governantes ou servir outros interesses de cunho não eminentemente público.

### 3. A reserva do possível

Existe um ponto comum quando se estuda o controle judicial das políticas públicas, que é a abordagem da Teoria da Reserva do Possível. Vale ressaltar que a forma como o tema é usualmente tratado é errônea: de forma sucinta, o que se afirma é que o Poder Judiciário tem ou não legitimidade atuante na seara política de acordo com a disponibilidade financeira do Estado. Se existe como efetivar as sentenças, a atuação é correta, se não há fundos para tanto, ela não o é. Ocorre que esta linha de raciocínio não faz sentido. A questão da legitimidade independe dos recursos estatais. Quando um julgador afirma que não irá intervir por conta da Teoria da Reserva, em verdade ele já se reconheceu previamente como legitimado para tanto, e somente não o fará por conta de uma impossibilidade fática de ocasião.

É de bem deixar um ponto claro: não é errado tratar da reserva do possível quando se discute o controle judicial de políticas públicas; o que não se deve fazer é a recorrente confusão teórica que busca legitimar a possibilidade ou não de tal controle com base na reserva. Uma questão é posterior à outra, de modo que esta somente é possível após o esgotamento daquela.

Passemos agora à análise deste que é um dos itens mais complexos, controvertidos e importantes quando se estuda os direitos fundamentais e sociais no plano de vista prático: os custos dos direitos e a reserva do possí-

---

16 LIBERATI, 2013, p. 115

vel. Este aspecto é, mais do que importante, essencial para qualquer análise que se pretenda minimamente realística da efetivação dos direitos sociais. Não se pode jamais deixar de ter em conta que o Estado, para além de uma criação doutrinária, ou de uma ficção filosófica, é uma pessoa jurídica, com praticamente todas as limitações fáticas que qualquer outra no plano real. Tal constatação é importante agora, quando estudamos os direitos sociais “*de per si*” – ainda que atada ao estudo da Administração Pública –, e será mais prioritário ainda quando tocarmos no ponto culminante deste estudo, a limitação e possibilidade de efetivação de direitos pelo poder judiciário.

Um aspecto introdutório desta questão é a razoável premissa de que todos os direitos que dependem de alguma ação estatal, ou seja, aquelas de ação positiva, demandam custos. Não se pode mover a máquina estatal sem que isso envolva a alocação de recursos. Apenas em se afirmar isso, já se pode delinear que a atuação Estatal dependerá de contingências que não estão totalmente ao seu controle, ou seja, a conjuntura econômica. É bem verdade que o Governo tem bem mais poder para influenciar o meio que as demais pessoas (naturais ou jurídicas), mas daí a ter o controle, vai-se uma eternidade praticamente intransponível.

A postura, por parte da Administração Pública, em relação à falta de recursos para concretizar serviços necessários, induz à conduta absenteísta e limitadora do Estado, reforçando a teoria da “reserva do possível”. Ou seja, o estado somente executará as políticas sociais públicas se tiver recursos para tanto. Em outras palavras, “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes”<sup>17</sup>. A reserva corresponderia, portanto, àquilo que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade.

As políticas públicas para efetivação dos direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gastos de recursos públicos. É esse o ponto central do debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Admi-

---

17 LIBERATI, 2013, p. 118.

nistração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante<sup>18</sup>.

Neste diapasão, seria o orçamento público a “ferramenta” da discricionariedade do gestor para definir quais e quando os direitos sociais podem ser efetivados, já que eles, repita-se, demandam custos, e os recursos governamentais são limitados.

Em linhas gerais, a doutrina define a reserva do possível “pela dependência de recursos financeiros disponíveis, querendo dizer, com isso, que os direitos fundamentais sociais dependem da existência dos recursos econômicos que foram delimitados pelo legislador”<sup>19</sup>. Por esta linha, se o Estado não dispuser dos meios necessários para atender às necessidades do cidadão, este poderia ficar desprotegido e à mercê do arbítrio estatal.

A exigibilidade judicial dos direitos dependentes de recursos fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em razão de suas limitações e disponibilidade econômica, havendo a restrição constante da máxima “*ultra posse nemo obligatur*”, ou seja, não se pode buscar aquilo que não existe. Esse postulado, pois, é imperioso em respeito à lógica.

“Há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária –, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais”<sup>20</sup>. Esta é uma circunstância que, praticamente sem exceções, deve ser observada para que decisões não se reduzam a ilações infundadas.

Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações. Tal dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, configurando uma reserva constitucional da efetiva capacidade de prestação do Estado, o que reclama, salvo melhor juízo, a própria capacidade estatal de prever e planejar os custos das prestações que deve dispor à população, mormente para o cumprimento dos direitos fundamentais. É por isso que, diante de uma comprovada escassez de recursos, o

---

18 WANG, 2008, p. 540.

19 LIBERATI, 2013, p. 118.

20 *Ibid.*, 2008, p. 540

Estado tem o dever de implementar uma política de definição de prioridades, que implica um processo de escolhas e opções políticas seletivas de alocação de recursos, bem como as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais<sup>21</sup>.

Desta feita, ao fazer o orçamento público, o Administrador deve prever, na Lei Orçamentária, os recursos financeiros privilegiados e necessários para o desenvolvimento e manutenção das políticas públicas, mesmo em tempos de escassez. Desnecessário pontuar que não se trata de previsão absoluta, mas dentro do que se pode razoavelmente antever.

O aporte financeiro representa fator inafastável da realização das políticas públicas, pois, como já inúmeras vezes aludido acima, sem dinheiro, não se materializa ação pública. Além dos recursos, é necessário que os diversos atores dialoguem entre si, para melhor identificar quais as necessidades prementes daquela população.

A atividade prestacional do Estado, no que tange aos direitos sociais não pode ser executada sem profissionalismo. Aliás, o usuário do serviço público tem o direito de receber a prestação de forma integral e plena. “É assim que o Estado cumpre seus fins e se realiza frente ao cidadão”<sup>22</sup>.

Ora, de nada adianta haver recursos em abundância, se não se souber como, quando, onde e em benefício de quem utilizar estes recursos. Uma prestação estatal incompleta ou insatisfatória, a depender de quais necessidades se esteja a resguardar, pode equivaler à sua total ausência. Portanto, além de não bastar o ideário, de nada servem recursos mal alocados, ou disponibilizados a destempo. Os direitos sociais fundamentais devem ser efetivados em sua plenitude, sempre que possível, e devem ser resguardados em todos os aspectos sem ressalvas. Isto significa que, mesmo ante a falta de algum aspecto material, a postura governamental garantista não pode ser modificada, sob pena de afronta à lei e à Constituição.

Questão de suma importância é o tratamento dispensando pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito dos custos dos direitos e da reserva do possível. Além da óbvia constatação de que cabe à Suprema Corte a última palavra nos temas constitucionais, e de que os tribunais locais muitas vezes utilizam suas decisões como paradigmas a serem seguidos, é salutar

---

21 LIBERATI, 2013, p. 120.

22 *Ibid.*, p. 121.

que a jurisprudência seja coesa a respeito de tema tão sensível e grave. Portanto:

Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nessa matéria pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões<sup>23</sup>.

A jurisprudência do STF parece dividida em dois momentos no que toca à obrigatoriedade do Estado em cumprir políticas públicas. Em se tratando do direito à saúde, em um primeiro momento a regra era a concessão das tutelas, não havendo considerar que a falta de recursos fosse óbice para tanto. Posteriormente o Supremo Tribunal passou a efetivamente considerar a questão dos custos dos direitos.

A principal consideração feita ao primeiro posicionamento do STF é que havia a imposição de uma dicotomia entre direito à saúde (ou direitos sociais, como um todo) e as questões financeiras do Estado. No ímpeto de se concretizar aquelas, relegava-se estas a uma posição secundária. Acontece que os direitos sociais, para se efetivarem, dependem dos recursos estatais. Logo, esta questão financeira, longe de ser secundária “está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma falsa dicotomia, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta”<sup>24</sup>.

Esta questão a respeito da reserva do possível foi analisada de maneira prévia para que agora, ao se analisar propriamente o controle judicial das políticas públicas, possa-se ter exatamente a dimensão que uma interferência descuidada pode ter. Por mais graves que sejam os direitos pleiteados, pode acontecer justamente o contrário do pretendido, e aquela medida ceifar direitos coletivos *a posteriori*.

---

23 WANG, 2008. p. 542.

24 Ibid., p. 546.

#### 4. Protagonismo judicial

O Poder Judiciário tem se tornado, cada vez com mais frequência, no Brasil e no mundo, palco das discussões dos direitos humanos. Esse crescimento se deu não apenas em quantidade, mas no sentido de que este tem mais e mais se manifestado sobre questões políticas centrais para a sociedade, re-desenhando até os próprios papéis dos Poderes Executivos e Legislativo<sup>25</sup>.

A legitimidade do Judiciário para tratar destas questões é frequentemente questionada, por ser ele um poder não eleito. Apesar de o ativismo judicial não ser exatamente o tema deste trabalho, é importante conceituá-lo, pois, independentemente de qual corrente se adote para o controle das políticas públicas, ela não pode fugir a determinados limites, configurando inaceitável ativismo – e isso, não apenas para a saúde institucional, mas também para as soluções buscadas, é um preceito fundamental.

Elival da Silva Ramos entende que a definição do que possa vir ou não a ser taxado de ativismo depende de qual modelo de jurisdição é adotado. Assim, uma mesma decisão que nos Estados Unidos possa ser completamente compatível com aquele sistema democrático, entre nós, no Brasil, poderia ser totalmente descabida. Logo, não tratamos de um conceito universal, variando-se de lugar a lugar qual o limite do aceitável.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes<sup>26</sup>.

Continua o citado autor afirmando que a observância dos Poderes importa na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados<sup>27</sup>.

---

25 BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 60.

26 RAMOS, p. 117.

27 *Ibid.*, p. 117.



Uma vez definido sumariamente o que seria o ativismo, deve-se ter claro que não se deve confundir a ideia de judicialização da política com o ativismo. Este, como se definiu há pouco, é a ultrapassagem dos limites constitucionais por parte do Poder Judiciário, com a invasão, por parte dos julgadores, das funções típicas de outros poderes. A judicialização é fenômeno muito mais amplo e abrangente, típico dos tempos de busca universal por direitos humanos, e ocorre de várias formas, inclusive com os próprios membros dos Poderes Executivo e Legislativo trazendo ao Fórum questão de macro relevância a serem dirimidas pelas Cortes.

É certo que muitas questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesse e, portanto, isso não pode ser visto [...] como um fenômeno de usurpação de um dos poderes sobre o outro, mas como um fenômeno político<sup>28</sup>.

No Brasil, a forma mais utilizada para judicializar questões políticas são as ADIs por minorias políticas que querem ver seus direitos resguardados, já que no plenário do Congresso, em virtude do sistema de votação, não conseguem ser ouvidas.

Prova disso é que nas últimas duas décadas, o volume de Ações Diretas de Inconstitucionalidade sempre foi maior partindo do grupo de oposição; e quando este mesmo setor está no Governo, a situação se inverte – ou seja, o instrumento tem sido efetivamente utilizado como um mecanismo político a mais, tendo-se no Poder Judiciário mais um local para a contenda política.

Tudo o que foi dito reforça a ideia de que, levar ao Poder Judiciário questões políticas e exigir dos magistrados posturas ativistas, são realidades completamente diferentes. Então por que sempre se confunde os conceitos, e se exige deste poder uma postura quase que omissiva quanto às questões do bem comum? Talvez por uma compreensão equivocada da real finalidade da separação dos Poderes, e de uma definição incompleta do conceito de política – e em especial, política pública.

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados da realização dos direitos fundamen-

---

28 BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 65.

tais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito. Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o judiciário atue quando chamado, principalmente quando se trata de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados<sup>29</sup>.

Ou seja, em se tratando de matéria indubitavelmente constitucional, não deve o julgador, quando provocado a se manifestar, afastar sua atuação por se tratar de forma política. O que o difere das demais é a forma como vai atuar: não criando as normas políticas, mas dando-lhes efetividade quando a omissão inconstitucional se configurar, lesando direitos que não poderiam restar desamparados. O argumento da falta de legitimidade por ausência de representatividade (votos) é ainda mais descabido quando se constata que muitas vezes são os próprios interessados que pleiteiam a sua injunção.

As normas constitucionais que garantem direitos fundamentais são dotadas de imperatividade e não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado<sup>30</sup>.

“Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos [...], isso não quer dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos”<sup>31</sup>. Ora, o argumento que afasta o Judiciário da efetivação das políticas sociais

---

29 BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 73.

30 LIBERATI, 2013, p. 152.

31 *Ibid.*, p. 65.

é contraditório em si mesmo. Se três são os poderes da República, cabendo ao Legislativo determinar as bases legais de atuação, e ao Executivo implementá-las, será justamente do Judiciário (quando provocado) a competência para tomar as medidas necessárias quando por ilegalidade algo se perde nesse processo, e o que já foi previamente assegurado de fato venha a acontecer.

Parece ser exatamente este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: quando há omissão do Poder Público, tem-se uma insuportável inconstitucionalidade que deve ser suprida em homenagem à Constituição. Não faz parte do núcleo essencial do Poder Executivo não cumprir as determinações constitucionais – e observe-se que aqui não é o caso de impossibilidades pela reserva do possível; caso o fosse, o Judiciário nada poderia fazer, em primeiro lugar porque não haveria ilegalidade.

"A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da 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 concretizadas, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental". (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e 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, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático<sup>32</sup>.

---

32 BRASIL, 2004.

Quando se argumenta que o Poder Judiciário não pode tomar parte nas decisões políticas, por haver usurpação das funções de um Poder em outro, geralmente se negligencia outro aspecto, ainda mais grave que este: a não tutela jurisdicional acarretaria em uma insegurança ainda maior, pois, havendo garantido um determinado direito com posterior omissão, conferir-se-ia ao agente verdadeiro poder de “coisa julgada imprópria”, pois sob o manto da discricionariedade, haveria uma situação imutável e inapelável, quando, em verdade “onde houver primazia do comando legal (legalidade), não haverá oportunidade do poder público invocar discricionariedade dos atos administrativos”<sup>33</sup>.

Tudo o que foi dito até aqui não quer significar, sob qualquer perspectiva, que o julgador faça as vezes do Administrador, qualquer que seja a situação. O juiz jamais terá condições ou competência para determinar, por exemplo, uma receita em orçamento, ou fazer preferir esta ou aquela política. O que se defende é que, em havendo a provocação, e dentro das medidas *juridicamente* possíveis, respeitando ainda a reserva do possível, não haja uma omissão judiciária, sob o argumento de que aquele tema é político.

De fato, “o Poder Judiciário não pode se arvorar em gerente do orçamento público e, diante da apresentação do caso concreto, para análise judicial, não pode o juiz discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas”<sup>34</sup>.

Em suma, apesar de todas as limitações, e da atuação condicionada, as demandas judiciais desenvolvem importante papel na efetivação das políticas públicas:

Não se discorda que o Poder Judiciário talvez seja o menos capacitado para planejar a implementação de políticas públicas, bem como que há limites: da coisa julgada, da inércia institucional, do processo contraditório bilateral, da cultura jurídica, do aparelhamento insuficiente. Porém, as decisões obtidas em demandas por direitos sociais podem constituir importante canal entre as necessidades da população e a Administração – contribuindo para o planejamento da agenda pública<sup>35</sup>.

---

33 LIBERATI, 2013, p. 153.

34 *Ibid.*, p. 173.

35 FERNANDES, 2010, p. 179.

Até onde podemos discernir, o Poder Judiciário é um poder diferenciado, que não existe até que se lhe provoque. Na efetivação dos direitos sociais, o protagonismo deve ser dos Poderes Executivo e Legislativo, mas na omissão deles, quando acionado a sair da inércia, não há sentido em se defender uma postura passiva do Órgão Julgador. O Poder Judiciário, ao seu peculiar modo de agir, e respeitando as limitações impostas pelo sistema, tem tanta responsabilidade quanto os demais na efetivação de políticas que a todos servem e interessam, e que para a sociedade se traduz em desenvolvimento e justiça.

## 5. Considerações finais

Existe uma preocupação legítima quando se estuda a efetivação das políticas públicas em uma democracia. De um lado, a inquietação com o seu real implemento, para que não seja mera propaganda política. De outra, a forma como tal injunção se dará.

Por mais desejável que seja um objetivo político em uma República, ele não pode ser feito de qualquer forma, ao arrepio da lei, sob pena de afrontar bens ainda mais caros à coletividade.

É neste cenário que se discute o ativismo judicial. Um conceito amplo e universal desta prática já nasce fadado à obsolescência, haja vista se tratar apenas de uma medida, e como tal, para resultados cognitivos relevantes, deve ser confrontada com a realidade que se deseja analisar.

A questão chave é entender até que ponto é aceitável a intervenção de um Poder na esfera de atuação de outro. E neste aspecto, tanto doutrina como jurisprudência pecam no mesmo ponto, seja a favor ou contra o ativismo.

Explica-se: muito esforço é feito no sentido de legitimar ou desautorizar o controle judicial das políticas públicas baseando-se principalmente na Teoria da Reserva do Possível. De forma simplificada, esta teoria faz entender que não existe ilegalidade quando se deixa de praticar determinado ato por conta de circunstâncias práticas. Ninguém está obrigado a fazer algo impossível, mesmo que esta determinação venha do Poder Judiciário.

Mas o erro em tal raciocínio está em ignorar que a análise fática é precedida pela discussão teórica a respeito da possibilidade desta intervenção. Ou seja, são questões que não se conectam em um primeiro momento: os juízes terem a efetiva possibilidade de interferir em uma decisão admi-

nistrativa ou legislativa nada tem que ver com a efetivação posterior do comando.

Feitas estas observações, e pelas razões expostas, adotou-se neste estudo a linha segundo a qual a intervenção judicial é possível, e, mais do que isso, desejável. Mas isto não quer, de forma alguma, significar que a atuação judiciária deva ser livre e irrestrita. Muito pelo contrário. Ela deve ser, sempre que possível, uma inação. O protagonismo deve permanecer com os poderes Executivo e Legislativo. O que se apontou sempre foi que, na omissão ilegal de algum destes atores políticos, e desde que provocado devidamente, o Poder Judiciário deve se manifestar, e o argumento de que deva se omitir de temas políticos apenas por serem políticos é absurdo e ilógico.

A ampliação dos palcos de discussão apenas fortalece a política, sendo por vezes indispensável para evitar que majorias de ocasião ponham a perder princípios e direitos que muito esforço demandaram para serem conquistados e estabelecidos.

O respeito ao princípio democrático não está, por tanto, exatamente na ação de um Poder da República, mas na definição precisa de quando, como e em que matérias ele deve ocorrer. Cada fim somente pode ser julgado de acordo com suas consequências ao passar do tempo, mas a ampliação do debate republicano tendo o respeito à legalidade como principal meio e fio condutor engrandecem os ideais de democracia e a justiça.

## Referências Bibliográficas

- BARBOZA, Estefânia Maria de; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle Judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonard, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Democracia, Jueces y Control de La Administración*. 6ª Edición. España: Thomson Civitas, 2009.

- FERNANDES, Elizabeth Alves. In: *Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à judicialidade*. – 2ª reimp. Editora Almedina, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª edição. Malheiros Editores. 2008.
- WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.

### Documentos e Sites

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADPF n. 45*. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 29.04.2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acessado em 16.02.2015.

Recebido em 18 de fevereiro de 2015

Aprovado em 11 de agosto de 2015