

## A JUDICALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM DO TEMA NA PERSPECTIVA DA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.

*PRISCILLA LIMA DE CARVALHO SILVA.*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo discorre sobre a crise atual entre democracia, constitucionalismo e os Poderes do Estado, propondo uma análise do controle judicial das políticas públicas, levando em conta a superação da ideia clássica de separação de poderes, concebida, antanho, no âmbito da Revolução Francesa. Nesse sentido, e considerando a judicialização da Política, realizada pela Constituição da República de 1988, ao positivizar o princípio da ubiquidade e, assim, o Direito Fundamental de acesso à justiça, no art.5º, inciso XXXV, da Carta Magna, pretende o texto debater os limites do auditamento dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Judiciário, analisando a doutrina e, de forma pontual, a jurisprudência contemporânea acerca da matéria. Busca-se, assim, verificar a possibilidade de controle dos atos da Administração Pública, sob a ótica da implementação da política pública propriamente dita e, ainda, no que tange à execução das prestações positivas fixadas pelo Constituinte e já regulamentadas pelo legislador. Nessa senda, investiga o texto os limites ao exercício da jurisdição, considerando o problema contramajoritário da magistratura e a temática da capacidade técnica e, ainda, dos efeitos sistêmicos de decisões individuais numa perspectiva de macrojustiça. Propõe-se, dessa forma, um debate sobre a oponibilidade da reserva do possível na consecução das políticas públicas, em cotejo com o mínimo existencial e com a satisfação de um parâmetro social elementar de dignidade da pessoa humana. Ao final, conclui o estudo que a intervenção judicial nas políticas públicas deve ser procedida de forma racional e motivada, a fim de que as decisões sejam socialmente aceitas e controladas, através da fundamentação, evitando, assim, o arbítrio e o colapso do subsistema jurídico, com o retorno à autotutela, pela falta de legitimidade democrática do governo dos juízes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; Controle Jurisdicional; Direitos Fundamentais e Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** This article discusses the current crisis between democracy, constitutionalism and State Powers and proposes an analysis of the judicial control of public policies, taking into account the overcoming of the classical idea of separation of powers, conceived during the French Revolution. In this sense, and considering the judicialization of Politics held by the Republican Constitution of 1988, when it positivates the principle of ubiquity and thus, the Fundamental Right of access to justice, in art.5, XXXV, of the Magna Charta, intend the text to discuss the limits to audit the Legislative

---

<sup>1</sup> Procuradora Federal, Mestranda em Direitos Humanos, Sociedade e Democracia, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela UFPE, em sanduíche com Universidad de Salamanca – USAL, Espanha. E-mail: carvalho\_priscilla@hotmail.com.

and Executive by the Judiciary, analyzing doctrine and, briefly, contemporary jurisprudence on the matter. The aim is thus to verify the possibility to control the acts of public administration from the perspective of the implementation of public policy itself, and also, with regard to the implementation of positive benefits established by the Constituent and already regulated by the legislature. In this vein, the text investigates the limits to the exercise of jurisdiction, considering the problem of the judges with the against majority principle and the theme of technical capacity and, also, the systemic effects of individual decisions from the perspective of macrojustice. It is proposed, therefore, a debate on the enforceability of “reserve for contingencies” for the achievement of public policy, in comparison with the minimum existential and with the satisfaction of a basic social measure of human dignity. Finally, the study concludes that judicial intervention in public policy should be made rationally and grounded, so that decisions are socially accepted and controlled through the reason, thus avoiding the will and the collapse of legal subsystem, with the return to self-protection, due to the lack of democratic legitimacy by the judges.

**KEYWORDS:** Constitutionalism; Jurisdictional Control; Fundamental Rights and Public Policies.

## **INTRODUÇÃO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE AUDITAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO – PANORAMA NACIONAL.**

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é afastado na concepção clássica de separação de funções do Estado, gestada na incipiência do Estado Liberal, onde cabia à Administração Pública o dever de abstenção diante das liberdades negativas dos indivíduos, sendo atribuído aos juízes à mera subsunção do fato à norma, sem atividade criadora do Direito. Tal visão clássica de separação de poderes, concebida à época da Revolução Francesa, numa perspectiva histórica de desconfiança do Judiciário e da Monarquia, na afirmação veemente do positivismo, contudo, não mais prevalece, na atualidade. Como assevera Arenhart

*“... o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de “mera boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. .. (2009, p. 02).”*

Nessa linha, a ideia tradicional do Estado de Direito, calcada na prevalência do Poder Legislativo, diante da limitação da atuação da Administração Pública ao princípio da legalidade e da função jurisdicional à mera atribuição de dizer o direito posto pelo legislador, de forma literal como elencado pela exegese, passa a não se coadunar com o paradigma plural e complexo da sociedade vigente.

É que, diante da crise do Estado liberal e o exurgimento de obrigações positivas da Administração Pública, a tutela do Poder Judiciário deixou de ser limitada aos direitos de defesa ou liberdades negativas dos administrados perante o Poder Público, tendo sido observada a necessidade de interpretação pela linguagem do sistema jurídico posto, de maneira a permitir a manutenção do próprio ordenamento, através da hermenêutica de unidade e coerência do sistema autorreferenciado, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001). Caracteriza-se, assim, um retorno da ética ao Direito, como limite à aplicabilidade da lei, em tempos de pós-positivismo, como assevera João Maurício Adeodato (2008, pp.83-85).

A concepção do positivismo clássico suso referida é, no Brasil, mitigada com o exurgimento do Estado Social e da própria crise do modelo das prestações positivas, de forma concomitante, devido à modernidade tardia e, assim, à necessidade correlata de auditar a Administração Pública e o próprio Poder Legislativo ao mesmo tempo, em razão da crise de representatividade e da desconfiança social, quanto a este último Poder e, também, em relação ao Executivo. Assim, como adverte Luís Roberto Barroso (2009), o controle das políticas públicas pelos Magistrados aparece como reflexo da judicialização da política no sistema constitucional brasileiro e, ainda, do direito fundamental de acesso à justiça e, portanto, de obtenção da tutela jurisdicional sobre quaisquer matérias.

Nesse sentido, é que Eduardo Cambi (2011, pp.211-212) elucida a judicialização da política pelo Direito Constitucional, considerando o constitucionalismo e a proteção de Direitos Fundamentais como acomplamento estrutural, em adução à teoria dos sistemas de Luhman, da Política ao Direito e, dessa forma, em relação aos quais cabe a intervenção do Judiciário, legitimada pelo próprio sistema constitucional e democrático.

Ademais, a necessidade de auditamento da Administração Pública, figura preponderante na concepção inicial do *welfare state*, exsurge como forma de controlar os gastos públicos e a atuação dos governantes diante da crise desse paradigma e da

escassez dos recursos públicos e, também, como reflexo do próprio pluralismo de interesses sociais e, assim, da deficiência do modelo de representatividade indireta dos cidadãos. Nesse sentido, é que, pelo fenômeno do constitucionalismo, é promulgada a Constituição de 1988, numa perspectiva de redemocratização do país, como elucida Luís Roberto Barroso (2009) e num cenário de desconfiança da atuação do Legislativo e do Executivo, em crise pela demonstração de ineficiência histórica dos modelos do Estado liberal e social, no que diz respeito à consecução satisfatória dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, com a representação dos diversos interesses dos atores sociais.

Quanto ao tema, esclarece o autor, no mesmo artigo, a constitucionalização de inúmeras prestações de Direitos Fundamentais, reconhecidos pelo próprio texto como de aplicabilidade imediata. Ainda, na Carta Magna, é atribuído o *status* de Direito Fundamental ao acesso à justiça, havendo, assim, como esclarece Eduardo Cambi (2011, p.212) a judicialização da política realizada pelo Constituinte, ao estipular a sindicabilidade de qualquer matéria ao Poder Judiciário, pela inafastabilidade da tutela a quaisquer direitos pela jurisdição.

Nessa perspectiva, é que constata Eduardo Appio que ... *foi, desde muito, superada a concepção de Montesquieu fundada na soberania da Nação exercida somente através da lei...*” (2007, p.19), denotando, assim, a ausência de identidade do princípio da separação de poderes atual, com a visão do liberalismo clássico.

A conformação da temática, na atualidade, contudo, ainda que indique uma certa preponderância do Poder Judiciário, como protagonista do Estado Democrático de Direito, acena para o problema contramajoritário e de politização da justiça, apresentando uma crise do modelo vigente diante da tensão entre democracia, participação social e constitucionalismo, ainda não superado.

Do mesmo modo, suscita o tema a problemática da falta de competência institucional técnica dos Juízes para a prolação de decisões sobre matérias de política pública e, igualmente, a reflexão sobre os efeitos sistêmicos da microjustiça, com a concessão de prestações sociais pelo Judiciário, sem uma visão completa acerca das necessidades dos cidadãos, em juízo de ponderação com a faticidade da escassez de recursos. Nessa perspectiva, deve-se salientar que inexistente um modelo totalmente delineado quanto aos limites do controle judicial das políticas públicas, havendo debate

doutrinário e jurisprudencial intenso sobre a matéria, particularmente destacado quanto à possibilidade de implementação mesma da política pública pelo Judiciário, abordada dentro do panorama da vedação do retrocesso, da reserva do possível e do mínimo existencial.

Assim, pretende o presente estudo tangenciar tais questões e, também, pontuar os efeitos nefastos da politização da Justiça, quando o controle das políticas públicas sobrepuja a racionalidade, gerando uma necessidade de auditamento social do próprio Judiciário, incompatível com a independência e autonomia funcionais dos juízes.

## **O JUDICIÁRIO COMO SUPER PODER: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA - PROBLEMA CONTRAMAJORITÁRIO, A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL – EFEITOS SISTÊMICOS E MICROJUSTIÇA E A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA – AUDITORIA E INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES.**

O ativismo judicial é concebido, segundo Luís Roberto Barroso (2009), como uma forma específica e proativa de hermenêutica constitucional, sendo uma atitude assumida pelo Poder Judiciário, de maneira mais significativa, após a crise do Estado social e, assim, da eficácia das obrigações positivas da Administração Pública e da própria representatividade indireta. A atuação em testilha se insere num contexto de tensão entre democracia e constitucionalismo, sendo realizada pelo Judiciário, em defesa dos Direitos Fundamentais e proteção da ordem constitucional, ainda que seja feita, em determinados momentos, de forma contrária à vontade da maioria, mas legitimada pela CR/88.

Nesses termos, essa intervenção do Poder Judiciário se afasta do paradigma tradicional do contratualismo clássico rousseauiano, de vontade geral, para permitir a prevalência, em certos casos, de direitos das minorias, tendo, por essa razão, a legitimidade democrática questionada, especialmente porque não são os juízes eleitos pelo povo. A atividade interpretativa e de criação do Direito acima descrita, sem embargo, encontra substrato no modelo hermenêutico kelseniano, estando fundada em atribuição reconhecida pelo próprio texto constitucional e nela delineando seus limites.

Diferencia-se, assim, da judicialização da política, criada pelo Constituinte, ao prever a inafastabilidade do controle jurisdicional e a vedação do *non liquet* como direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. O controle das políticas públicas deve se pautar, nessa senda, tão somente sobre questões principiológicas ou não sensíveis à eleição, como forma de proteção da Constituição – cláusulas pétreas e dos Direitos Fundamentais.

É que, fora dessa seara, não há justificativa democrática para o exercício da ação contramajoritária dos juízes no Estado Democrático de Direito, conforme assevera Eduardo Appio, em referência à teoria de Ronald Dworkin (2007, pp.36-37) Nessa mesma linha doutrinária, elenca Eduardo Cambi, a limitação do controle das políticas públicas pelo Judiciário, às hipóteses de omissão inconstitucional, violadora de Direitos Fundamentais, propondo a utilização do princípio da subsidiariedade como norteador da atividade judicante e interpretativa do sistema constitucional. É que, como o autor adverte, os juízes não estão, normalmente, preparados para avaliar, de forma adequada, o dispêndio de recursos públicos (CAMBI, 2011, pp.202-203).

Dessa forma, a despeito do reconhecimento da possibilidade do controle judicial das políticas públicas, no que tange à constitucionalidade dos atos e escolhas administrativas adotadas, é proposta a limitação desse poder-dever constitucional do Judiciário ao cotejo e à proteção dos Direitos Fundamentais em face do ato realizado pelos demais Poderes, sem assunção propriamente dita das atribuições do legislador ou do Poder Executivo.

Assim, indica Luís Roberto Barroso (2009), a limitação do exercício desse controle aos postulados da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos da decisão, recomendando ao Judiciário verificar, no exercício da jurisdição, qual é o Poder com maior capacidade técnica para decidir a *quaestio*. É que, diante do princípio da ubiquidade como Direito Fundamental – art.5º, inciso XXXV, da CR/88, podem ser submetidos aos magistrados temas de ordem técnica e que devam ser apreciados não somente na perspectiva da tutela individual (microjustiça), mas da coletividade. Nessas circunstâncias, sugere o Autor que sejam preservadas as decisões legítimas dos demais Poderes, desde que dotadas de critérios razoáveis e constitucionais.

Sobre essa problemática do exercício da microjustiça e os efeitos danosos para a política pública de saúde, é que alerta César Caúla (2010, pp.135-138), em estudo sobre a limitação do fornecimento de medicamentos de alto custo, em demandas individuais, para os efeitos sistêmicos desses pronunciamentos judiciais, quanto à política macro de saúde e, ainda, para a falta de capacidade técnica dos juízes para apreciar questões orçamentárias, além da ausência mesma de legitimidade democrática para realização de escolhas nessa seara.

Nesse contexto, e levando em conta a proibição do *non liquet*, que permeia o sistema jurídico brasileiro, a designação de perícia pode funcionar como um elemento de persuasão racional do magistrado, em respeito à capacidade técnica e como maneira de afastar ou ratificar a decisão administrativa/legislativa, através da prova institucional competente, suprimindo, assim, a deficiência dessa natureza porventura havida pelos magistrados.

Outro problema do controle desmedido de políticas públicas é a politização da justiça. Quanto ao tema, na mesma obra citada, César Caúla (2010) adverte para os efeitos das decisões concessivas de medicamentos de alto custo, em demandas individuais, que permitem a desoneração dos agentes políticos de suas competências, criando a possibilidade de responsabilização social do Judiciário por decisões políticas que não lhe são próprias. Nesse sentido, chama à atenção o doutrinador para a possibilidade de tal fenômeno mitigar a autonomia e independência dos juízes por esse controle social e, dessa forma, a própria legitimidade desse Poder instituído, pela descrença comunitária.

É que, a concessão desse tipo de tutela transfere a pretensão de efetivação dos Direitos Sociais dos Poderes Executivo e Legislativo para a Magistratura, gerando uma necessidade de controle das decisões judiciais que vai mais além do critério de correção, em verdadeira politização da justiça. Do mesmo modo, gera um descrédito do Poder Judiciário diante da sociedade, pela ausência, muitas vezes, do efetivo cumprimento das decisões judiciais, em situações de escassez de recursos.

Necessário, portanto, o estabelecimento de limites concretos e racionais ao controle de políticas públicas, consoante explicitado no tópico seguinte.

## OS LIMITES À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: IMPLEMENTAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL.

Como esclarece Marcelo Figueiredo (2008, p.27), “*não há direito, sem custos*”, indicando que desde o Direito Romano era vigente a ideia de que ninguém é obrigado a coisas impossíveis. Nesse sentido, a escassez de recursos econômicos e humanos se apresenta como limitação ao controle judicial das políticas públicas, havendo, contudo, uma mitigação pela doutrina e pela jurisprudência no acolhimento indiscriminado da cláusula da reserva do possível como óbice à garantia dos direitos sociais e, assim, na limitação do controle das políticas públicas.

Nessa linha, é que elucida Eduardo Cambi que “... *a reserva do possível não pode ser uma cláusula restritiva de direitos prima facie...*” (2011, p.383), devendo, assim, configurar o limite à consecução dos Direitos Fundamentais de prestação positiva pelo Estado, tão somente na medida em que assegure as condições isonômicas de garantia do mínimo existencial. É que, como elucida Luís Roberto Barroso (2009), a intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não deve ocorrer sob a perspectiva da microjustiça, garantindo a execução de prestações positivas não previstas na política delineada pelos Poderes Legislativo e Executivo a determinados indivíduos, sem ponderar o desvio de recursos e da garantia dos bens da vida minimamente necessários à coletividade.

A questão da disponibilidade de recursos para execução de uma determinada política pública e, assim, a própria ideia de *reserva do possível* é, inicialmente, apreciada pelo Tribunal Constitucional alemão, ao julgar caso acerca da existência ou não da obrigação daquele Estado em oferecer vagas em ensino superior, de forma irrestrita, para determinados cursos de procura significativa pela sociedade. Nessa hipótese, a decisão da Corte Constitucional alemã limitou a prestação dos direitos sociais pela Administração Pública, relativa ao acesso ao ensino superior pelos cidadãos, à disponibilidade financeira de custear tal direito pelo ente político e, ainda, ao fato de que seria efetivamente legítimo esperar do Estado, em determinadas condições econômicas, sociais e culturais, como elucidam Rafael Oliveira e Mário Calil (2008, pp.3.722, 3.723).

Naquele momento, vivia a República Federativa alemã, ainda, os reflexos da Segunda Guerra Mundial, estando o Estado em processo de reestruturação econômica. Assim, exsurge na Alemanha a utilização pela Administração Pública do óbice à efetivação dos direitos sociais pela cláusula da reserva do possível.

Na doutrina nacional, Eduardo Cambi, em referência ao artigo de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, intitulado Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, propõe uma dimensão tríplice do instituto, a saber:

*“... a) a da disponibilidade (fática) dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; b) a da disponibilidade jurídica desses recursos, envolvendo questões como a distribuição, no sistema constitucional federativo, das competências legislativas, administrativas, tributárias e orçamentárias; c) a do eventual titular de um direito a prestações sociais, a exigir juízos de razoabilidade e de proporcionalidade para resolver os conflitos entre direitos e, desta forma, permitir ou não que recursos sejam disponibilizados para assegurar a pretensão individual (exigibilidade)”. (CAMBI, 2011, p;399).*

Quanto à questão da existência mesma dos recursos, o controle judicial da política pública se torna materialmente intrasponível, pois como chama à atenção Gustavo Amaral a lei *“...não importa seu nível hierárquico ou devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez”* (2001, pp.184-185). Nesse diapasão, quanto à disponibilidade fática propriamente dita, gravita o tema, mais especificamente, no que diz respeito ao ônus da prova da circunstância no processo civil, o qual, segundo Eduardo Cambi, deve ser atribuído à Administração Pública demandada, considerando que se trata de alegação de fato impeditivo do direito, cuja demonstração é de incumbência do Réu, conforme o art. 333, inciso I, do CPC (2011, p.405).

Em relação à disponibilidade jurídica de recursos e, portanto, à destinação dos meios efetivamente existentes à satisfação dos direitos fundamentais de caráter prestacional, o debate doutrinário é intenso, no que tange à justiciabilidade ou não da matéria. Nessa esteira, Marcelo Figueiredo faz alusão à autora Ana Paula Barcelos, indicando a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário da formulação da política

pública propriamente dita, no que se refere às metas e prioridades elencadas pela Administração Pública, de modo a verificar se as mesmas estão em consonância com os Direitos Fundamentais previstos na Constituição e, ainda, sob o espectro de garantia do mínimo existencial (FIGUEIREDO, 2008, p. 32) .

Eduardo Appio, por sua vez, abordando a temática na terceira dimensão indicada acima, considera que a formulação da política pública deve ser reservada aos espaços democráticos de representação popular, levando em conta que tais funções são de responsabilidade do Legislativo e do Executivo, não devendo ser implementadas pelo Poder Judiciário, pois, se assim ocorrer, haverá violação do princípio da isonomia, no que diz respeito aos demais cidadãos não tutelados por aquela prestação individualmente determinada (APPIO, 2007). A abordagem proposta indica, assim, que a criação de políticas públicas é de atribuição exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, não devendo ser tuteladas em demandas unitárias pelos juízes, sob pena de afronta à isonomia dos atores sociais e de realização de microjustiça, como constatado, no caso de fornecimento de medicamentos de alto custo, por César Caúla (2010).

Nesse diapasão, entende Appio, numa perspectiva de gradualidade dos Direitos Fundamentais sociais, ser passível de controle judicial a execução da política pública, alertando para o alto grau de responsabilidade da Administração ou do Legislativo, ao determinar a obrigatoriedade de uma certa prestação positiva. É que, conforme elucida o Autor, com base, do mesmo modo, no princípio da isonomia, neste caso, a intervenção do Judiciário é cabível, para estender à política criada pelos outros Poderes a todos os cidadãos necessitados (2007, pp.174-178).

Quanto à matéria, inclusive, esclarece Appio inexistir limitação orçamentária, por permissivo decorrente da própria Lei de Responsabilidade Fiscal, ao não exigir fonte de custeio imediata para o atendimento dessa extensão da política pública legalmente prevista, conforme o art. 24 da Lei Complementar nº 101/2001. É que, nesta circunstância, deve o Poder Executivo encaminhar ao Legislativo proposta de emenda orçamentária, pois refoge à discricionariedade administrativa o acesso à política pública fixada a todos os cidadãos, veja-se, *in litteris*:

“... Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos

termos do [§ 5º do art. 195 da Constituição](#), atendidas ainda as exigências do art. 17.

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

...

**II - expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados;**

...

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

...

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar. ...”.

Esse posicionamento, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, é referendado em termos pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 421/PE (DISTRITO FEDERAL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010), após audiência pública, ao considerar indevida a intervenção judicial na estipulação da política pública, quanto ao fornecimentos de medicamentos não previstos nos Protocolos do Sistema Único de Saúde, o que, só deveria ser feito em caráter excepcional, se comprovada a ineficiência do tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde ou a própria imprescindibilidade do tratamento, quando indisponível na política pública. A decisão em testilha privilegia, assim, a observância da capacidade técnica e, ainda, o princípio constitucional do contraditório, para que seja possível o dimensionamento pelo

Poder Judiciário da dimensão subjetiva do direito à saúde, de forma objetiva e comunitária, numa perspectiva de macrojustiça.

A mesma Corte Constitucional, contudo, em decisão liminar na ADPF nº 45, como citado por Sérgio Arenhart (2009, pp.17-18), de relatoria do Ministro Celso de Mello, entende plausível a sindicabilidade da implementação de determinada política pública, esclarecendo que deve ser verificada pelo Judiciário a ocorrência de abusividade pelos demais Poderes na falta de atuação, no que tange às obrigações sociais constitucionalmente fixadas, quanto a uma vida minimamente digna ou mínimo existencial. O autor, no artigo em testilha, propõe uma atuação ainda mais proativa dos juízes, sugerindo que

*... estes interesses (os direitos fundamentais sociais) somente podem ser restritos – ainda que por conta da reserva do possível – na medida em que essa restrição atende a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios. (ARENHARDT, 2009, p.17) “.*

No caso posto à apreciação do STF, foi questionado pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira, o veto presidencial na proposta de LDO de 2004, ao art. 55, parágrafo 2º, do r. texto, posteriormente renumerado como art.59, parágrafo 2º. Na hipótese, o veto do Presidente da República à disposição constante no referido artigo ocasionava uma diminuição de recursos destinada aos serviços públicos de saúde, considerando que incluía no cálculo do percentual mínimo a ser destinado a tais serviços a totalidade dos recursos destinados ao Ministério da Saúde, sem realizar a dedução prévia das despesas realizadas com o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, como feito nas anteriores Leis de Diretrizes Orçamentárias.

Assim, conquanto tenha sido reconhecida a perda superveniente do objeto, pela inclusão de dispositivo de idêntico teor em Projeto de Lei, encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, o que originou a Lei nº 10.707/03, o Ministro Relator da demanda, Celso de Mello, consignou de forma expressa, na decisão monocrática do feito, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas “...quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. ...”, destacando, ademais, a necessidade, literalmente, de

*“...revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. ...” (DISTRITO FEDERAL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).*

Ainda sobre o tema, e nessa mesma orientação, arremata Sérgio Arenhardt, entendendo que

*... Verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos públicos em finalidade evidentemente menos importante do aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado (a reserva do possível), sendo imponível a prestação para o Estado. (2009, p.17).”*

Dessa forma, de maneira mais ampla do que a proposta de Eduardo Appio acima aludida, reputa o autor legítimo o controle judicial da própria implementação das políticas públicas, desde que se refira à concretização do mínimo existencial ou do direito fundamental a uma vida digna, considerando que a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade administrativa do Executivo não são absolutos, sendo apreciáveis, assim, na perspectiva de controle da violação dos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos.

Quanto ao tema, Eduardo Cambi elucida que o conceito de dignidade da pessoa humana e de mínimo existencial não resta definido na Constituição pátria, sendo objeto de interpretação pelos Poderes constituídos e pela doutrina, consistindo, ainda, em conceito indeterminado que deve ser objeto de verificação num dado momento histórico, social e econômico do Estado (2011, p.392). Propõe, sem embargo, a adoção do utilitarismo negativo para a definição das condições mínimas necessárias para a definição de uma vida digna, considerando que a acepção de felicidade é eminentemente subjetiva.

Nesse sentido, e como parâmetro vigente ainda na atualidade para o mínimo existencial, tem-se a Teoria de Justiça de John Rawls, onde o filósofo prega como princípio de implantação de uma sociedade justa o igual valor das liberdades políticas para todos os indivíduos, o que está condicionado à possibilidade de bens materiais essenciais, que forneçam aos indivíduos igualdade de oportunidades para o desenvolvimento social individual e, ainda, o interesse de participar da vida comunitária, como parte relevante e nela inserida (RAWLS, 1999).

Assim, apesar da noção fluida, afigura-se o mínimo existencial como o limite dos limites do controle das políticas públicas, sendo relevante baliza para manutenção do Estado, fundado no contratualismo e na livre associações dos indivíduos em disposição voluntária da autotutela.

## **CONCLUSÃO**

A sindicabilidade dos direitos sociais e das prestações positivas de obrigação do Estado, perante o Judiciário, se sobressai evidente na sociedade brasileira, como visto, diante do princípio da ubiquidade, insculpido no art.5º, inciso XXXV, da CR/88, como

direito fundamental de acesso à justiça. A inafastabilidade da jurisdição, quanto à lesão ou ameaça de direitos, não pode, contudo, ser fundamento para a invasão pela Magistratura da capacidade técnico institucional e a verdadeira formulação de políticas públicas numa perspectiva de microjustiça.

É que, como fora posto ao longo deste estudo, tal prática além de afrontar o princípio da isonomia, quanto àqueles cidadãos que restaram desamparados, no que tange à prestação social positiva, apenas por não terem ingressado com uma demanda judicial, enfraquece o Poder Judiciário, trazendo para os magistrados uma responsabilidade e controle sociais, que não se cingem ao mero controle de correção das decisões.

O controle judicial das políticas públicas, dessa forma, seja na execução do dever prestacional fixado de forma legítima pelos outros Poderes, seja na hipótese excepcional de implementação mesma da política, deve se valer de perícia e de auxílios técnicos suficientes, no que tange às questões econômicas e orçamentárias, privilegiando tais conhecimentos, na fundamentação das decisões judiciais, para evitar decisões, ao final, inexecutáveis e injustas, quando analisadas numa perspectiva mais ampla.

Ainda, como critério de legitimidade e manutenção do sistema jurídico, é imprescindível a fundamentação dos pronunciamentos judiciais que intervenham na política pública, em atendimento ao dever constitucional de motivação, estipulado ao Judiciário, no art.93, inciso IX, da CR/88 e para que seja possível o controle dessas decisões pelo critério de correção e racionalidade, ainda que a real motivação do julgado possa não se subsumir ao silogismo adotado como premissa maior e menor, nos termos advertidos por Katharina Sobota (1991). É que, a partir dessa fundamentação, pode-se evitar o colapso do subsistema jurídico, da forma de governo estipulada em âmbito nacional – democracia e, ainda, permitir a preservação da paz social, com a manutenção da renúncia à autotutela, em favor do Estado, pelos indivíduos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. El Derecho como norma ética *in* CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi (coord.). **Las razones del derecho natural** – Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, 2ª edición, corregida, reestructurada y ampliada, páginas 67/85;

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2007;

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário *in* **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, ano 1, número 1, 2009, páginas 1-20;

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: RT, 2011;

CAÚLA, César. **Dignidade da pessoa humana, elementos do Estado de Direito e exercício da jurisdição: O Caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil**. Salvador: Juspodvium, 2010;

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001;

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle judicial das políticas públicas no Brasil – uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, vol. 1, 2008;

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição**. Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, páginas 3.721/3.744;

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Revised edition. Harvard: Harvard University Press, 1999.

SOBOTA, Katharina. **Don't Mention the Norm!** International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática. ADPF nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 29.04.2004. DJ de 04.05.2004, p. 12.

\_\_\_\_\_. Decisão da Presidência. STA nº 421/DF. Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 20.04.2010. DJ de 30.04.2010, pp.39-41.