Número 18 – maio/junho/julho - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

# A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

***Prof. Felipe de Melo Fonte***
*Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Políticas públicas. 3. O problema da legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. 3.1. Objeção principal. 3.2. Objeções subsidiárias. 4. Proposições objetivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder judiciário e questões políticas. Legitimidade governamental. Políticas públicas.

## 1. INTRODUÇÃO

Como já se disse em outro lugar, há algo de novo nas varas de Fazenda Pública[1]. Acostumados com os corriqueiros mandados de segurança em matéria tributária e as ações de responsabilidade civil movidas em face do Estado, os juízes agora têm que julgar ações com pedidos diferentes das demais. Na maior parte dos casos, elas buscam seu fundamento no próprio texto constitucional, e o que se requer é a incursão do Poder Judiciário em terreno novo, qual seja, na formulação e execução das políticas públicas[2]. O tema é novo e o seu objetivo é nobre: o que se pretende é a garantia da fruição dos direitos sociais por intermédio da atividade judiciária.

Em sua formulação clássica, equivalente ao conhecimento convencional sobre o tema, o princípio da separação de poderes reservou ao Poder Judiciário a

[1] GOUVÊA, Marcos Maselli. "O direito ao fornecimento estatal de medicamentos". *In:* GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 199.

[2] Uma tentativa de formulação de um conceito de política pública será apresentada no capítulo 3.

especial tarefa de solucionar os conflitos intersubjetivos[3]. Ao legislador cabia a criação do direito em abstrato e ao administrador a formulação das políticas públicas aptas a atender os comandos legais e a ação concreta sobre a sociedade através dos atos administrativos. Não há dúvidas de que a separação de poderes constitui-se em axioma do Estado Democrático de Direito e, portanto, importante conquista histórica e civilizatória da humanidade. Seu advento permitiu a contenção do arbítrio estatal, em prol de sociedades mais equilibradas e democráticas. Porém, se antes servia somente à contenção do uso desmedido do poder, mais recentemente o princípio foi utilizado como escudo protetor contra a ação do Direito e, especificamente, contra a força normativa da Constituição[4].

No instrumental teórico do Estado liberal, ao administrador competia decidir *onde* e *como* gastar o dinheiro público. Cometia-se ao legislador aprovar os gastos públicos (isto é, decidir o *quantum*) e fiscalizar a ação administrativa. Portanto, o processo de formulação das políticas públicas começava com a dotação orçamentária determinada pelo legislador, e acabava com a decisão específica e concreta do administrador. O juiz era relegado à condição de mero coadjuvante, e não devia se imiscuir neste procedimento. Em verdade, o Estado liberal não tinha nenhuma pretensão de intervenção na esfera social, o que justificava e contribuía para o absenteísmo judicial. Naquele tempo acreditava-se que as forças do mercado seriam capazes de prover todas as necessidades humanas. Fato é que no projeto social levado a efeito pelas revoluções modernas, as classes mais pobres não estavam incluídas. Elas só voltariam ao palco da história em 1849, com a publicação do Manifesto Comunista. Os direitos sociais, por sua vez, só apareceriam com força jurídica em 1917, com a edição da Constituição mexicana.

No Brasil, por múltiplas razões, este modelo de separação de poderes só começou a ser veementemente contestado após a Constituição da República de 1988[5] (CRFB/88). Primeiro, porque é neste momento em que o país passa a ter um texto constitucional com efetiva vocação normativa. As elites políticas já não buscam mais soluções fora da Constituição para resolver os seus impasses[6]. Segundo, o Poder Judiciário, e as carreiras jurídicas de forma geral, iniciaram

[3] SALLES, Carlos Alberto. "Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos". Revista de Processo 121, p. 39: "Segundo o paradigma liberal de Direito e de Estado, ao Judiciário cabe a solução de conflitos entre sujeitos individuais, não se cogitando, nessa perspectiva, de qualquer alargamento da função jurisdicional do Estado".

[4] Ao utilizar-se a expressão "força normativa da Constituição", faz-se com referência ao trabalho homônimo de HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, 1991. O texto corresponde à preciosa conferência proferida em 1959 na Universidade de Freiburg, e que se tornou um marco na defesa de um Direito Constitucional eficaz.

[5] Nos Estados Unidos, por exemplo, já na década de 60 discutia-se a implementação judicial de direitos prestacionais, como noticia GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003, p. 28. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*, 2001, p. 7: "A Constituição de 1988 foi o ponto culminante de um longo processo de distenção, a transição de um regime autoritário para a democracia. Talvez mais que uma mudança de texto, teve-se a afirmação do constitucionalismo".

[6] Episódio emblemático desta nova fase foi o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, em 1992.

virtuosa ascensão institucional pós-88[7]. Finalmente, com o alargamento da justiça constitucional, em razão da ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação direta[8], o Direito constitucional finalmente emerge como disciplina fundamental no discurso acadêmico e na aplicação cotidiana do direito[9].

Mais importante, todavia, foi a generosidade do constituinte originário na criação do rol de direitos individuais e sociais[10]. A Constituição de 1988 dedicou um sem-número de dispositivos a eles, bem como um título específico para a ordem social. E isto gerou uma séria contradição, na medida em que séculos de negligência estatal criaram um enorme contingente de marginalizados, que exigem cada vez mais políticas e serviços públicos, ao passo que os administradores não são capazes de dar efetividade ao texto constitucional e fazer frente a essa demanda por direitos. Em pouco tempo, o descompasso entre o papel e a realidade desaguou nas mesas dos tribunais do país. Nestas demandas, figuram, de um lado, a cidadania, exigindo a efetividade do Direito constitucional e suas promessas de presente e futuro melhores, e, de outro, o Estado-administração, incapaz de prover serviços de qualidade mínima para a grande massa populacional.

Nestes processos, em que está em jogo a efetividade dos direitos sociais e a intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas, uma série

---

[7] BARROSO, Luís Roberto. "Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça". *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luís Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santos (org.). *Reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional. n. 45/2004*, 2005, p. 426: "Uma das instigantes novidades do Brasil nos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Sob a Constituição de 1988, recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, divindo espaço com o Legislativo e o Executivo".

[8] Antes da Constituição de 1988 só o Procurador-Geral da República tinha poderes para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade, a propósito, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 119-120: "Foi no tocante à legitimação *ativa* para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso".

[9] BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". Revista de Direito Administrativo nº 240, p. 4: "Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado".

[10] CRFB/88. "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Além do art. 6º, o art. 7º dispõe sobre os direitos dos trabalhadores; e o título VIII "Da Ordem Social" minudencia os direitos previstos no art. 6º.

de argumentos foi suscitada para paralisar a ação judicial, a saber[11]: *(i)* a eficácia dos direitos sociais depende de previsão orçamentária e recursos financeiros disponíveis; *(ii)* as questões relativas à formulação das políticas públicas são privativas do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se nas esferas exclusivas de outros poderes; *(iii)* os direitos sociais são princípios jurídicos, e como tais comportam múltiplas possibilidades de concretização; portanto, o Poder Judiciário carece de legitimidade democrática para intervir neste campo; *(iv)* as questões sócio-econômicas põem em jogo discussões estruturais, que vão muito além do caso concreto, e os juízes não têm condições de apreciar tais problemas com correção. Em suma, são argumentos que remontam conceitos como o princípio da separação de poderes e a eficácia dos direitos sociais.

Todas as objeções são relevantes e merecedoras de atenção. É indubitável que a Administração Pública e o Poder Legislativo têm deveres a cumprir na concretização da Constituição, e que a sociedade tem outros mecanismos na luta por melhores serviços públicos. Porém, de antemão é preciso reconhecer que o Direito tem um papel de transformação social a exercer, ainda que não seja o mais apto a tanto, como já observou PAULO RICARDO SCHIER: *"o Direito não é o único – e nem o melhor – instrumento para operacionalizar transformações na sociedade, mas nem por isso deixa de representar importante papel nos processos de mudança e transição sociais"*[12]. A grande produção doutrinária a respeito da concretização judicial dos direitos fundamentais revela a descrença da classe jurídica com os poderes executivo e legislativo, responsáveis, em termos históricos, pela formulação e execução das *políticas públicas*. Por outro lado, revela também o despertar para a consciência de que argumentos de índole meramente formal, como, por exemplo, a existência de estrita especialização funcional dos poderes, não devem ser empecilhos para a efetivação da ordem de valores prevista na Constituição da República, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de fundamento da República pelo art. 1º, III[13].

**NADA OBSTANTE O EXPOSTO, É PRECISO QUE AS INCURSÕES JUDICIAIS NESTA SEARA NÃO SEJAM PAUTADAS PELO EXCLUSIVO VOLUNTARISMO DOS JUÍZES[14]. NÃO SE DUVIDA DA BOA INTENÇÃO OS QUE MILITAM NESTE CAMPO, MAS OS EXCESSOS, COMO VISTO NO EXEMPLO ACIMA, PODEM CONDUZIR AO ARBÍTRIO E À INJUSTIÇA, CAUSANDO PREJUÍZOS INESTIMÁVEIS AO SISTEMA COMO UM TODO. UMA DECISÃO JUDICIAL SEM QUALQUER LASTRO NO SISTEMA, NOS DIZERES DE DANIEL SARMENTO, TRATA-SE DE *"UM***

[11] V. MORELLI, Mariano G. "La justicia social y su protección jurisdiccional. Consideraciones con ocasión de un caso judicial". Revista Telemática de Filosofia del Derecho, nº 7, 2003/2004, p. 91-115.

[12] SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*, 1999, p. 39.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 70: "Inspirando-se – neste particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guidando-a, pela primeira vez (...) à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III)".

[14] Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, cerca de 60% das decisões judiciais que estão escoradas no princípio da dignidade da pessoa humana, não apresentam qualquer desenvolvimento sobre o conteúdo do princípio. Informação obtida em palestra proferida em 08.07.2005, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ/TJRJ.

***DECISIONISMO TRAVESTIDO SOB AS VESTES DO POLITICAMENTE CORRETO, ORGULHOSO COM OS SEUS JARGÕES GRANDILOQÜENTES E COM A SUA RETÓRICA INFLAMADA, MAS SEMPRE UM DECISIONISMO"[15]. EM ÚLTIMA INSTÂNCIA, A IRRACIONALIDADE DA ATUAÇÃO JUDICIAL ACABA SERVINDO DE ARGUMENTO CONTRA A PRÓPRIA CAUSA. EIS A IMPORTÂNCIA DE SE ANALISAR OS CRITÉRIOS QUE TÊM PAUTADO AS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O ASSUNTO, E FORMULAR PARÂMETROS DE ATUAÇÃO RAZOÁVEIS, QUE SEJAM ACEITÁVEIS PARA OS DEMAIS PODERES, E QUE CONVENÇAM AOS JURISDICIONADOS[16].**

É certo que existe uma percepção comum, consoante a cultura, educação e vocação republicana de cada indivíduo, do conjunto de prestações que devem estar a cargo do Estado e que estão relacionadas aos direitos sociais, deixando o resto ao labor de cada um. Ninguém duvida que cada pessoa precisa ter acesso aos serviços de saúde para garantir sua própria vida, mas nem todos concordam que a Administração Pública deve garantir cirurgias de mudança de sexo, para ficar no exemplo mais extremo[17]. Por óbvio, sempre haverá uma opinião, formada pela íntima convicção do indivíduo, a informar uma orientação para tais questões. Mas a técnica jurídica não se satisfaz com esta percepção individual. É preciso que as decisões sejam racionais e justificáveis[18].

Em certa medida, a presente pesquisa representa um esforço, ainda que incipiente, na busca da racionalidade inerente à concretização de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, bem como sua justificação filosófica, questão que vem ganhando importância cada vez maior na doutrina, conforme observou CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO:

> *"Uma das questões que ocupam o centro do debate contemporâneo é exatamente a de determinar em que grau de intensidade e de abrangência o Judiciário pode concretizar direitos como os à saúde, à*

[15] Daniel Sarmento, "Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda". In: *Livres e iguais, estudos de direito constitucional*, 2006, p. 200.

[16] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, pp. 45-6: "A *justificação*, por sua vez, está associada à necessidade de explicitar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras que seriam possíveis. Na verdade, cuida-se de transformar os diferentes processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência. Há aqui um ponto importante que muitas vezes é negligenciado. Em um Estado republicano, no qual – repita-se – todos são iguais, ninguém tem o direito de exercer poder político por seus méritos pessoais, excepcional capacidade ou sabedoria. Todo aquele que exerce poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade e deve a ela satisfações por seus atos".

[17] Tal hipótese não é fruto da imaginação do pesquisador. Aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, cf. noticiou *Globo Online* de 21.04.2005, veja-se: "O governo do estado do Rio de Janeiro terá que pagar pela cirurgia de mudança de sexo do bailarino W.. A turma da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio entendeu que a operação não é um 'ato cirúrgico inusitado, feito para atender a um desejo supérfluo do paciente'".

[18] Sobre a necessidade de racionalidade nas decisões do Poder Judiciário, remete-se ao trabalho de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 48: "Em suma: em um Estado de direito, republicano e democrático, as decisões judiciais devem vincular-se ao sistema jurídico da forma mais racional e consistente possível, e o processo de escolhas que conduz a essa vinculação deve ser explicitamente demonstrado".

*educação, ao trabalho, ao lazer, à moradia, etc. Uma plêiade de autores e correntes de pensamento se pronunciou sobre o tema, variando as posições desde uma afirmação de total possibilidade de concretização jurisdicional desses direitos (...) até a negação de que cabe ao judiciário interferir nessa seara, visto que as questões sociais têm nas políticas públicas o seu meio por excelência de efetivação"*[19].

Pois bem. A formulação dos parâmetros para o controle judicial de políticas públicas exige o enfrentamento de uma série de argumentos jurídicos, listados anteriormente, que se iniciam na própria gênese das políticas públicas – como a idéia de que se trata de uma decisão puramente política e absolutamente insindicável – e vão à eficácia dos direitos fundamentais sociais, supostamente condicionados à situação político-econômica do país. Dadas as suas dimensões, o trabalho, como já o título sugere, limita-se à análise de apenas uma questão atinente às políticas públicas: a legitimidade do controle exercido por parte do poder judiciário. O objetivo é explicar as razões que justificam a incursão dos juízes neste campo, atividade que lhes era vedada, bem como rebater as eventuais objeções corriqueiramente formuladas. Antes de seguir ao ponto, contudo, cumpre esclarecer o conceito que se está discutindo. Esta é a finalidade do tópico a seguir.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS

O estudo do controle de políticas públicas é tema recente no direito nacional[20]. Especificamente na conjuntura brasileira, é preciso reconhecer a ausência de condições institucionais para tal atividade antes de 1988. Demais disso, os efeitos do novo constitucionalismo, voltado aos valores e à efetividade dos direitos fundamentais, ainda não haviam se espraiado com a devida força no país. E ainda mais uma razão militava em prol da absoluta insindicabilidade das políticas públicas: sem uma tábua axiológica explícita e voltada à dignidade da pessoa humana, tal qual estatuiu a Constituição em vigor, ficava deveras

[19] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático". *In:* BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, pp. 308-9.

[20] Cf. BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, p. 37: "No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado", e BUCCI, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o direito administrativo". Revista Trimestral de Direito Público 13, 1996, p. 134: "As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há menos de vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico sobre sua conceituação, sua situação entre os diversos ramos do direito e o regime jurídico a que estão submetidos a sua criação e implementação".

prejudicada a fundamentação racional do controle de constitucionalidade nos moldes aqui propostos[21].

Pois bem. Sem embargo de sua importância na efetividade de outros direitos fundamentais e não-fundamentais, sabe-se que as políticas públicas compõem o meio *principal* de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional[22]. Este é um ponto consensual entre os estudiosos do assunto que deve ser sublinhado, pois implica reconhecer nos direitos sociais e nos demais direitos fundamentais o objetivo final de *algumas* das políticas públicas executadas pelo Estado (certamente não de todas, frise-se). Ora, sendo possível atestar empiricamente a existência de meios idôneos e inidôneos para alcançar os resultados exigidos pela Constituição, é também aceitável, ao menos em tese, a construção de parâmetros de controle sobre esses meios, que sirvam no mínimo para afastar a utilização dos absolutamente ineptos.

Porém, a despeito deste relevante consenso, ainda reina uma clima de incerteza a respeito da *exata definição* do que são as políticas públicas. Em primeiro lugar, há autores que trabalham com o termo abdicando da tentativa de formular explicitamente uma definição[23]. Há mesmo quem critique a expressão, afirmando tratar-se de redundância, já que "*a política é essencialmente pública*"[24]. Porém, o uso corrente do termo na doutrina e na jurisprudência quer indicar mais do que uma casual união de duas palavras com significações autônomas. É neste uso específico da expressão sobre o qual os olhos devem pousar.

Dentre aqueles que buscam definir as políticas públicas, é possível identificar um grupo de autores oriundos da USP, representados por MARIA PAULA DALLARI BUCCI, FÁBIO KONDER COMPARATO e EROS ROBERTO GRAU, que trabalham com um conceito amplo do termo. Para a primeira autora, as políticas públicas

[21] Nas constituições de 1824, 1891, 1937 não havia qualquer referência, ainda que indireta, à dignidade da pessoa humana. As constituições de 1934, 1946 e 1967 consagram a dignidade como objetivo da *ordem econômica* e não do Estado, como o faz a CRFB/88.

[22] FREIRE Jr., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*, 2005, p. 48: "Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los". BUCCI, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o direito administrativo". Revista Trimestral de Direito Público 13, 1996, p. 135: "O fundamento mediato das polítcas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais (...) a função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais". BARCELLOS, Ana Paula de. "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", Revista de Direito Administrativo 240, 2005, p. 90: "É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção".

[23] É o que ocorre, por exemplo, no texto de SALLES, Carlos Alberto. "Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos". Revista de Processo nº 121, e no livro de AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*, 2001. Apesar dessa constatação, é possível buscar uma definição implícita nas obras referidas.

[24] É o que faz SILVA, Guilherme de Amorim Campos da *apud* FREIRE Jr., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*, 2005, p. 47.

são "*os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo*"[25]. No seu entender, embora as políticas públicas sejam categorias abstratas, que espelham a escolha de prioridades pelo governo, elas normalmente ganham forma através dos planos públicos, como o "*programa de material escolar, o programa do álcool*"[26], que, por sua vez, vão exigir a edição de atos infralegais e legais. Nesta linha, a autora entende que "*a política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa*"[27].

Há dois problemas em se entender as políticas públicas como abstrações que se materializam em planos ou programas. *Primeiro*, é deixá-las muito distante da realidade do Poder Judiciário, cujas matérias-primas de trabalho são, via de regra, atos normativos abstratos e concretos. Além disso, não seria recomendável dar muita abstração à definição ora discutida, sob pena de se pedir ao juiz que vá perquirir na cabeça do agente político qual é a intenção subjacente aos atos que está praticando, tornando inviável qualquer possibilidade de controle objetivo. Isto não quer dizer que os planos e o planejamento públicos devam ser negligenciados no controle de políticas públicas. Eles podem ser especialmente valiosos quando a discussão assume patamares mais elevados, como em um eventual controle de constitucionalidade em sede abstrata. Em *segundo* lugar, não se pode negar que o controle realizado em processos individuais também envolve um juízo de constitucionalidade das políticas públicas, ainda que não incida diretamente sobre planos públicos ou intenções políticas.

FÁBIO KONDER COMPARATO segue linha similar à apresentada acima, definindo as políticas públicas como o "*conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*"[28]. O autor distingue entre as políticas públicas e os atos e normas que lhe dão concretude, para afirmar que "*o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem*"[29]. Assim, conclui[30]:

> *"determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos*

[25] BUCCI, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o direito administrativo". Revista Trimestral de Direito Público 13, 1996, p. 140.

[26] BUCCI, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o direito administrativo". Revista Trimestral de Direito Público 13, 1996, p. 140/1.

[27] BUCCI, Maria Paula Dallari. "As políticas públicas e o direito administrativo". Revista Trimestral de Direito Público 13, 1996, p. 141.

[28] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". Revista dos Tribunais 737, 1997, p. 18.

[29] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". Revista dos Tribunais 737, 1997, p. 18.

[30] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". Revista dos Tribunais 737, 1997, p. 19.

*administrativos, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais".*

Ora, a se seguir a proposta do autor, semelhante declaração de inconstitucionalidade seria completamente inútil. Se não há qualquer efeito sobre as normas jurídicas e atos que dão sustentação à política pública, não há razão para que o controle incida sobre este "plano superior". Ademais, incidem aqui as mesmas críticas feitas acima.

Para EROS ROBERTO GRAU, "*a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social*"[31]. Uma definição tão abrangente tem o condão de transformar, por exemplo, uma sentença judicial numa forma de política pública, já que se trata de uma intervenção do Estado na vida social. Aliás, é justamente o que conclui o autor, ao dizer que "*o* direito *é também, ele próprio, uma política pública*"[32]. Tal definição não se compatibiliza com objetivo do presente trabalho – ou de qualquer outro que pretende cuidar do assunto – porque ampliaria em demasia o campo de discussão, inviabilizando qualquer tentativa de dar tratamento uniforme ao assunto. No mais, não parece ser esse o sentido empregado pela jurisprudência ao trabalhar a categoria.

Por sua vez, o juiz capixaba AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR define-as da seguinte maneira: "*a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito*"[33]. A crítica que se pode fazer a esta definição também reside em sua excessiva abrangência, já que ação do Estado voltada à realização de um direito fundamental, como dito antes, pode ser uma sentença judicial. Por outro lado, é forçoso reconhecer que há políticas públicas que não estão voltadas diretamente à concretização do Estado Democrático de Direito ou aos direitos fundamentais, como, por exemplo, a política pública de transporte ferroviário ou de incentivos à importação de insumos industriais.

Na verdade, o caminho que se propõe aqui é justamente o oposto, procura-se o reconhecimento de políticas públicas indo do particular ao geral. As políticas públicas são conhecidas pelos atos e normas que lhe dão concretude, ou seja, pela ação efetiva da Administração Pública e o suporte normativo que lhe sustenta. É dizer: em grande medida, o controle judicial das políticas públicas confundir-se-á com o controle de constitucionalidade da execução de serviços públicos e dos atos administrativos e legislativos que lhe dão suporte. É neste sentido que ANA PAULA DE BARCELLOS define as políticas públicas:

[31] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 2003, p. 25.

[32] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 2003, p. 26.

[33] FREIRE Jr., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*, 2005, p. 47.

> *"Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas"* [34].

Logo, as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal. Portanto são as ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixam nesta definição[35]. Além da tarefa especialíssima de dar concretude às normas de direitos sociais, as políticas públicas também servirão aos direitos fundamentais de primeira geração, através, por exemplo, da política de segurança pública (proteção da propriedade e da liberdade individual), de terceira geração, através da política pública para o meio ambiente, e para direitos não-fundamentais, como as já mencionadas políticas públicas de transporte ferroviário e incentivo à importação de insumos industriais.

A correlação entre *ação do Estado* e *política pública* é algo a se remarcar, já que permite assentar que toda política pública depende de gastos públicos. Assim, é no processo político-jurídico de definição do dispêndio público que se encontra a gênese das políticas públicas[36]. É nas leis orçamentárias, nas diretrizes orçamentárias e nos planos plurianuais, todos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo[37] e aprovados pelo Poder Legislativo, o ponto de partida das políticas públicas. Não é o ponto de chegada, já que é corrente na doutrina e jurisprudência a natureza meramente autorizativa do orçamento, podendo o Executivo simplesmente contingenciar os valores, deixando de efetuar gastos. O

---

[34] BARCELLOS, Ana Paula de. "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas". Revista de Direito Administrativo 240, 2005, p. 90.

[35] Embora os autores, ao definir as políticas públicas, falem genericamente em ações do "Estado", a generalidade deles acaba voltando suas atenções para as ações da Administração Pública, veja-se, exemplificativamente, COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". Revista dos Tribunais 737, 1997, p. 21: "Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão só *ex nunc*, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na **Administração Pública** e nos negócios privados" (negrito acrescentado).

[36] Mesmo havendo um ramo específico do direito para este tema – o direito financeiro – ainda existe uma certa negligência com os mecanismos de controle dos gastos públicos, como bem notou BARCELLOS, Ana Paula de. "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas". Revista de Direito Administrativo 240, 2005, p. 93: "Para um estudante de direito dos primeiros períodos será curioso comparar a quantidade de títulos jurídicos dedicados ao tema da tributação com aqueles que se ocupam de estudar a questão do gasto dos recursos públicos, recursos esses obtidos pelo Estado, em sua maior parte, pela arrecadação tributária. (...) Há uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado; nada obstante, não existe preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados".

[37] Cf. CRFB/88, Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

resultado final do procedimento, por óbvio, é a real prestação de serviços públicos à população e a edição de atos administrativos voltados a tal finalidade.

A definição das prioridades da Administração Pública é, naturalmente, um processo político a ser realizado pelos agentes de cúpula, como Presidente, Governadores e Prefeitos[38]. Na tomada de decisões, eles devem levar em conta as disposições da Constituição e das leis, seus princípios e regras. Do ponto de vista estritamente jurídico, este processo político tem pouca relevância, mas sua importância é enorme para o controle social. Assim, os agentes políticos devem declinar suas razões e explicitar suas escolhas para que o voto seja consciente. Porém, para o juiz, é importante olhar para os atos normativos, legais ou infralegais, e para o resultado concreto proporcionado por eles, verificando, assim, se estão de acordo com os mandamentos legais e constitucionais, especialmente com os direitos fundamentais. É dizer: para o controle da formulação e execução das políticas públicas, interessa a consideração dos atos que existem, de forma objetiva, e não abstrações sobre as intenções de administradores.

No âmbito jurisprudencial, especialmente nos Tribunais Superiores, não são muitos os acórdãos que fazem utilização do termo "políticas públicas" (ou política pública, no singular), o que denota a novidade do assunto. De forma geral, os acórdãos limitam-se a constatar nas políticas públicas o meio de efetivação das normas constitucionais de cunho programático[39]. Esta definição é correta, porém insuficiente, pois, como foi visto, é também através de políticas públicas que se efetivam direitos de primeira geração, que exigem ação do Estado e gastos públicos para a sua concretização, bem como outros direitos que não possuem em si a marca da fundamentalidade.

Em conclusão, o conceito aqui proposto de políticas públicas pode ser sintetizado da seguinte maneira: são elas atos jurídicos que, em conjunto ou singularmente, têm por finalidade a concretização de um objetivo estatal pela Administração Pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito e atos administrativos (por exemplo, os contratos

[38] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". Revista dos Tribunais 737, 1997, p. 21: "Uma política pública é sempre decidida e executada no nível mais elevado da instância governamental". Faz-se aqui uma ressalva quanto à execução das políticas públicas, cujo conceito adotado no texto permite sua execução em instâncias inferiores, enquanto a decisão cinge-se aos órgãos de cúpula.

[39] Assim, STJ, REsp 334819/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 30.09.2002:: "Nada se recolhe na Lei Camata que possa ser identificado, na sua letra, ou na sua natureza, expressão legislativa que é de norma inserta no artigo 169 da Constituição da República, que integra a categoria das 'normas-objetivo', definitórias de fins a realizar para a implementação de políticas públicas, com norma de suspensão de precedente eficácia de outra norma jurídica ou de exercício de direitos subjetivos adquiridos". STF, RE 410.715-AgR / SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006: "O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado *mediante adoção de políticas públicas* conseqüentes e responsáveis". Em sentido oposto, identificando *política pública* com *objetivo estatal*: STJ, REsp 575998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.11.2004: "As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação".

administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função). O juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada um deles, em particular, ou sobre o todo. Em todos os casos haverá controle de políticas públicas.

Visto isso, surge uma nova questão. O que torna o juiz mais apto e/ou mais qualificado que o administrador e o legislador para decidir quais são os melhores meios para que sejam alcançadas as finalidades constitucionais que demandam a realização de políticas públicas? Em um Estado Democrático de Direito, em que as pessoas são tidas como iguais, qual é a justificativa que permitirá a um juiz não-eleito tomar decisões sociais que, ao cabo, cabem à maioria? Uma tentativa de responder a estes questionamentos será empreendida no próximo tópico, que abordará a legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas.

## 3. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com um rápido olhar sobre a realidade atual, é possível constatar o triunfo da jurisdição constitucional. Como pontua LUÍS ROBERTO BARROSO, "*é fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucional foi amplamente vitoriosa*". Salvo na Inglaterra, onde ainda permanece em vigor o *princípio da supremacia do parlamento*[40], a grande maioria dos países do globo, incluídos aí os mais desenvolvidos, criaram suas cortes constitucionais, com intensa atividade jurisdicional e destacada participação no processo político[41].

Basicamente, foram dois os caminhos trilhados pela jurisdição constitucional para que se chegasse ao estado atual: o primeiro deles ocorreu nos EUA, com o *Marbury vs. Madison* - a mais célebre decisão já proferida por um tribunal constitucional -, que estabeleceu as bases do *judicial review*. Neste julgado a corte afirmou a possibilidade do exercício do juízo de constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos por parte do Poder Judiciário, declarando a invalidade das normas incompatíveis com a Constituição. Vale dizer que o sistema norte-americano é difuso e incidental, na medida em que

[40] Tal princípio, é bem verdade, já sofre alguma mitigação. Veja-se, a este respeito, CYRINO, André Rodrigues. "Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?". In: Revista de Direito do Estado nº 05, 2007, p. 267.

[41] BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, p. 6-7: "A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição (...) Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984)".

é dado a qualquer juiz de direito a possibilidade de conhecer da questão de constitucionalidade e, se for o caso, afastar a aplicação da norma inconstitucional. Nos EUA, a discussão a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade foi precoce, haja vista a inexistência de previsão expressa deste poder judicial na constituição de 1787[42].

O outro caminho, mais tardio, porém igualmente importante, foi trilhado pelo direito continental europeu. As cartas constitucionais européias, desde a francesa de 1789, foram compreendidas como meras declarações, incapazes de criar direitos subjetivos, sem qualquer eficácia direta na vida das instituições públicas e dos cidadãos. Por isso, a jurisdição constitucional européia só surgiu na Áustria, por obra do jurista HANS KELSEN, em 1920. Por conta dessa influência, é característica do modelo europeu a existência de tribunais constitucionais com competência concentrada (é dizer: exclusiva) para o controle de constitucionalidade. A função política das cortes recebeu maior realce na Europa.

O caso brasileiro é substancialmente distinto do norte-americano e do europeu. Aqui não houve maior discussão a respeito da legitimidade para o controle de constitucionalidade, eis que a previsão da existência de um tribunal constitucional está expressamente consignada nas constituições desde 1891. O bacharelismo e a tradição positivista que predominavam no país impediram uma discussão mais aprofundada a respeito do importante papel exercido pela corte constitucional na delicada distribuição de atribuições entre as funções estatais.

Porém, o espaço que os tribunais constitucionais ocupam hoje não foi alcançado sem qualquer esforço. Os opositores da jurisdição constitucional apresentaram argumentos contrários a ela, sumariados a seguir: *(i)* os parlamentos representam o povo, e por isso suas decisões não podem ser invalidadas por órgãos compostos por indivíduos que não foram eleitos, este argumento é comumente denominado de "dificuldade contramajoritária" (*countermajoritain difficulty*)[43]; e *(ii)* as decisões judiciais não estão sujeitas a nenhum tipo de controle majoritário *a posteriori*[44].

Tais argumentos são respondidos da seguinte maneira: o mandato exercido pelo tribunal constitucional, embora não derive diretamente das urnas, tem seu fundamento último de legitimidade no próprio texto constitucional, que possui a qualidade de norma jurídica e que deve ser aplicado por esta razão. Além disso, as razões de decidir do Poder Judiciário são sempre jurídicas, ao contrário do que ocorre no foro político, em que há espaço para argumentos de todas as índoles. Este segundo fundamento, que durante muito tempo foi suficiente para responder a referida crítica, vem perdendo sustentação na medida em que ocorre a superação do processo meramente subsuntivo de aplicação das normas. É dizer, já se reconhece um espaço político inerente às decisões

[42] MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*, 2004, p. 23: "Sem qualquer apoio em texto expresso da Constituição norte-americana, [Marshall] atribuiu ao Judiciário o poder de invalidar os atos legislativos contrários à Constituição (...)".

[43] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 52.

[44] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 52.

judiciais. Assim, urge a construção de novos fundamentos para a defesa do *judicial review*, bem como a revisão da doutrina da separação de poderes, como bem captou LUÍS ROBERTO BARROSO:

> *"Na quadra atual, onde é clara a insuficiência da teoria da separação dos Poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, multiplicam-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional"*[45].

Pois bem. O principal argumento em defesa do controle judicial de constitucionalidade reside na proteção aos direitos fundamentais e à democracia[46]. Os órgãos majoritários, como se sabe, costumam repercutir o clamor popular, que muitas vezes pode ser no sentido de atropelar os direitos e garantias fundamentais. No mais, as cortes constitucionais assumem a posição de instância de debate racional das decisões políticas tomadas na sociedade, em contraposição à liberdade absoluta nas decisões legislativas. Num Estado democrático, o papel da Constituição é veicular consensos mínimos e regras básicas para a manutenção da própria democracia, dos quais o Poder Judiciário será guardião[47].

Na prática, como se afirmou no início do tópico, é possível dizer que a jurisdição constitucional está institucionalmente consagrada. Porém, não é incomum que nas demandas versando sobre a concretização de direitos prestacionais, o próprio Judiciário se declare incompetente para atuar na matéria, justificando sua decisão na clássica compreensão do princípio da separação de poderes[48]. Ora, tais decisões judiciais estão ancoradas numa visão do Direito que

---

[45] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 55.

[46] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 57: "A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios".

[47] Neste sentido, BARCELLOS, Ana Paula. "Educação, Constituição, democracia e recursos públicos". Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XII, 2003, p. 41-44: "Uma Constituição democrática procura realizar, ao menos, dois grandes objetivos: (i) assegurar um consenso mínimo e (ii) garantir o pluralismo político. Em primeiro lugar, cabe à Constituição tomar determinadas decisões políticas fundamentais, dentre as quais a de garantir um mínimo de direitos aos indivíduos, que são colocados pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política e das maiorias. (...) Na outra ponta, o segundo objetivo de uma Constituição democrática é assegurar o pluralismo político, consagrado no inciso V do art. 1º da Constituição brasileira de 1988. Isso significa garantir a abertura do sistema e o exercício democrático de modo que o povo possa, a cada momento, decidir qual caminho seguir".

[48] São duas as concepções neste particular. Primeiro, diz-se que não é possível formular pedido genérico nas ações civis públicas, o que está correto (seria causa de inépcia da inicial); segundo, as ações são extintas *sem julgamento do mérito*, por impossibilidade jurídica do pedido. Quanto ao primeiro argumento, de fato, não pode prosperar uma ação onde se requer "mais segurança pública". Porém, quanto ao segundo, está incorreto: ainda que não se reconheça, ao final, um direito público subjetivo, esta é questão de mérito. Sobre o tema, v. CARVALHO, Eduardo Santos

não mais se sustenta hoje. Dentro da concepção jurídica em vigor, em que se assumiu a centralidade do texto constitucional, que por sua vez está impregnado de valores, o princípio da separação de poderes nada mais é que um instrumento em defesa dos próprios direitos fundamentais. Quando o princípio é invocado para impedir a concretização de tais direitos, sua utilização é contrária à sua finalidade intrínseca[49].

Até aqui não há nada de novo. O controle jurisdicional de políticas públicas, envolve, todavia, complexidades distintas. Em uma sociedade fundada sob a égide do Estado democrático de Direito, o desenho das políticas públicas deveria ocorrer no âmbito do espaço público de discussões por excelência: o parlamento. A natureza programática da constituição abre caminho para que a corrente política majoritária leve adiante seu próprio projeto de bem para a sociedade, respeitando, contudo, os limites constitucionais que servem à proteção das minorias. A legislação, de forma geral, e especificamente o controle das leis orçamentárias, permitiriam ao Poder Legislativo estabelecer as linhas gerais das políticas públicas e efetuar seu controle, delegando à Administração Pública a tarefa (nada singela) de levar a cabo tais programas. Este deveria ser o funcionamento do sistema em uma situação ideal.

Ocorre que tal situação ideal é raramente alcançada. Por esta razão, urge que sejam analisados os argumentos contrários à concretização judicial de políticas públicas, tarefa empreendida nos tópicos seguintes. Para facilitar a visualização as questões, o ponto foi subdividido em dois. O primeiro trata da objeção primordial: a incursão dos juízes no terreno das políticas públicas representaria violações à democracia e ao princípio da separação de poderes. O segundo cuida de argumentos laterais, mas também de grande importância.

---

de. “Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas”. Disponível em: http://www.congressovirtualmprj.org.br/. Acesso em 23.05.2006.

[49] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 215: “É preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora ele tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado Moderno, a separação de poderes não é um valor em si mesmo”. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, 1989, p. 191: “A separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode 'resistir' às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual”.

### 3.1. OBJEÇÃO PRINCIPAL

***a) o controle judicial de políticas públicas é uma ofensa à democracia e ao princípio da separação de poderes***

O esquema de separação de poderes do Estado classicamente concebido, como pontuado linhas acima, imputava ao Poder Judiciário a tarefa de solucionar as lides intersubjetivas. Ao parlamento deixava-se a produção legislativa e o controle orçamentário do Poder Executivo. Já à Administração Pública, segundo definição também clássica, cabia aplicar as leis de ofício, ou, ainda, exercer todas as atividades que não fossem atribuídas aos demais poderes estatais. Portanto, e aqui está o primeiro argumento, permitir que os juízes determinem a implementação de políticas públicas ou alterem o seu desenho é consentir com que os mesmos saiam de sua função estatal típica, a qual consiste na solução de lides, e adentrem em campo que não lhe cabe qualquer ingerência.

O argumento ganha em complexidade quando se tem em conta que as políticas públicas são determinadas com base na Constituição e nas leis, e levadas a efeito pelo Poder Executivo. Veja-se, então, que a raiz das políticas públicas, bem como sua condução, está em órgãos estatais eleitos democraticamente. E não poderia ser diferente, já que a Constituição estabelece condições mínimas para a manutenção da democracia, deixando às maiorias eventuais a definição do que se acha melhor para sociedade em determinada quadra histórica. Portanto, mais do que a evidente constatação de que o Poder Judiciário conta com membros não eleitos, não ungidos pelo voto popular, a obstrução da livre formulação e condução de políticas públicas pelos demais poderes estatais impediria que as maiorias eventuais levassem a efeito seus projetos de Estado e de bem, violando o princípio democrático. Em síntese, este é a segunda objeção. Cumpre respondê-las.

Sobre a suposta violação ao princípio da separação de poderes, de há muito se entende que é descabida a afirmação de que as funções estatais sofrem estrita especialização funcional. De fato, regra geral os poderes devem seguir sua atividade principal, mas nada impede que os mesmos incursionem nas atividades dos demais. O princípio da separação de poderes não é e nem precisa ser de uma rigidez inquebrantável para servir a sua principal função: conter o arbítrio. Pelo contrário, sua aplicação cega pode acabar tendo função inversa. Note-se, ademais, que não se trata de uma revogação do princípio, mas sim de sua derrogação pontual. O Poder Judiciário não estará habilitado ao controle irrestrito de qualquer política pública, mas sim somente em relação àquelas sensíveis aos direitos fundamentais.

Sobre a alegação de que o controle jurisdicional de políticas públicas seria antidemocrático, convém falar um pouco mais. Se, por um lado, a realização de eleições proporcionais para o Poder Legislativo acaba por sempre contemplar, em alguma medida, as correntes minoritárias; por outro lado, o Poder Executivo, eleito segundo o sistema eleitoral majoritário, não dá qualquer espaço para que as correntes minoritárias exerçam influência nas decisões políticas. E aqui a dinâmica do processo orçamentário brasileiro faz-se especialmente dramática:

partindo do entendimento doutrinário de que a lei orçamentária tem caráter meramente autorizativo, o administrador público recebe um salvo-conduto para gerir como quiser o dinheiro público. Surge, então, a questão: *por que somente o princípio majoritário merece ser contemplado na execução das políticas públicas*? Se a decisão de *onde, como e quando* gastar ficar ao puro arbítrio do administrador eleito, então as minorias quedarão sobremaneira alijadas da ação estatal na concretização de direitos sociais e até de outros direitos. O ponto fica mais claro com um exemplo colhido da vida real.

É notória a situação de calamidade nos presídios no Brasil. Na sistemática constitucional brasileira, por força do art. 15, III[50], os condenados criminalmente têm seus direitos políticos suspensos enquanto perdurar os efeitos da pena. Excluídos da representação popular, mesmo da minoritária, os presos recebem o que há de pior em termos de políticas públicas. A situação foi reconhecida pelo próprio Ministério da Justiça, *in verbis*:

> *"No Estado Democrático de Direito é imprescindível que exista coerência entre legislação e políticas públicas. Fazem parte de nosso cotidiano leis que não são cumpridas e políticas públicas descoladas das leis.* ***Na área do sistema penitenciário, esse descolamento, essa distância entre o que está estabelecido na legislação e o que os presos vivenciam é absolutamente dramática****.*
>
> *(...)*
>
> *Hoje são aproximadamente 232.000 mil homens e mulheres presos, em sua grande maioria vivendo em condições degradantes e desumanas, em celas superlotadas e fétidas, onde a ociosidade é a regra, os espancamentos são constantes, e falta tudo, inclusive assistência médica e jurídica.* ***O Estado brasileiro, com raríssimas exceções, não provê as necessidades mais comezinhas dos presos, como vestuário, sabonete e papel higiênico****"*[51]*. (grifou-se)*

O trabalho não pretende discutir as razões para o colapso do sistema penitenciário brasileiro. Porém, é sintomático que justamente uma categoria social sem qualquer representação política seja tão negligenciada nas ações do Estado. O simples reconhecimento por parte da Administração Pública (no caso, em documento do Ministério da Justiça) de que os presos não têm acesso aos bens mais básicos necessários à higiene pessoal, por si só, já ensejaria a intervenção judicial neste campo. E esse é a regra: quanto menor a relevância política, menos

[50] CRFB/88: "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cujo perda ou suspensão só se dará nos casos de: III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos".

[51] Antonio Carlos Biscaia (coord.), Benedito Domingos Mariano, Luis Eduardo Soares, Roberto Armando Ramos de Aguiar. *Projeto Segurança Pública para o Brasil*. Disponível em: http://www.mj.gov.br/noticias/2003/abril/pnsp.pdf, acesso em 07.03.2006. 2003, p. 71.

o grupo social será contemplado pela Administração Pública na formulação de suas políticas.

O exemplo acima revela que, especialmente no Brasil, a defesa das minorias também deve ocorrer no espaço de formulação e execução de políticas públicas, não podendo ficar confinada aos conflitos intersubjetivos. É mesmo incompreensível e ilógico que não haja tal intervenção. Traçando um paralelo, é corriqueiro o exemplo extremo em que o Poder Judiciário é chamado a impedir que, numa hipotética sociedade de dez pessoas, nove delas decidam escravizar uma. Porém, esta mesma pessoa poderia morrer de fome e frio, ao relento, absolutamente negligenciada mesmo havendo recursos estatais alocados para o solucionamento de seu problema, que ainda assim o Judiciário desta hipotética sociedade se julgaria incompetente para intervir nesta situação. Trata-se de uma visão em que, nos dizeres de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *"o direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade"*[52].

Aliás, aqui a ação judicial poderia contribuir para sanar esta grave distorção do próprio processo democrático brasileiro. Como visto, embora presentes na definição de quanto gastar, as minorias não estão representadas na decisão mais importante sobre as políticas públicas, que é o momento em que se decide onde e como gastar o dinheiro arrecadado. Os agentes políticos, com amplos poderes discricionários para decidir sobre as políticas públicas, tendem a focar a realização de serviços públicos em suas bases eleitorais, criando relações de clientelismo; tais ações – conhecidas como populismo - são essencialmente contingentes, servindo apenas para angariar votos e vencer as próximas eleições, sem que nada verdadeiramente mude na comunidade objeto da ação do Estado.

Embora não se possa jogar toda a culpa por este quadro no sistema político, pode-se claramente inferir do exposto que a função contramajoritária deve ser exercida no campo das políticas públicas[53].

[52] MORAES, Maria Celina Bodin de. "O princípio da solidariedade". *In:* PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabela Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios na Constituição de 1988*, 2001, p. 179.

[53] Note-se que os juízes devem estar preparados para enfrentar a ira dos setores sociais que são beneficiados com esses programas de cunho populista, muito embora o legislativo já esteja acostumado a jogar o ônus político de suspender a eficácia de tais leis sobre o Poder Judiciário. No Estado do Rio de Janeiro, pode-se citar como exemplos a gratuitade do transporte intermunicipal, a gratuidade dos estacionamentos em *shopping centers* e o fim do prazo de validade dos créditos da telefonia celular, leis editadas em flagrante incompatibilidade com a Constituição.

### 3.2. OBJEÇÕES SUBSIDIÁRIAS

***a) O Poder Judiciário não está aparelhado para o controle de políticas públicas***

Especificamente no controle de políticas públicas, aduz-se que o "*judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto*"[54], por isso não seria capaz de resolver questões maiores, de natureza macroestrutural. Portanto, um dos argumentos contrários à efetivação de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, e que reforça a ilegitimidade desta função estatal para o controle de políticas públicas, diz respeito à sua suposta incapacidade de fazer apreciações macroestruturais, já que seu ofício é lidar apenas com conflitos intersubjetivos. A este respeito, veja-se a seguinte passagem de CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES:

> *"That rights are financed by the extractive efforts of the other branches does not mesh smoothly with judicial self-images. The problem is serious. Are judges, though nominally independent, actually dangling on purse stringes? Does justice itself hinge on riders attached to spending bills?* ***And how can a judge, given the meager information at his or her disposal (for information too has costs) and his or her immunity to electoral accountability, reasonably and responsabily decide about an optimal allocation of scarce public resources?"***[55] *(negrito acrescentado).*

O argumento não é de todo falacioso, e deveria mesmo ser tomado em consideração com maior seriedade, especialmente nos processos individuais em que se pretende alguma prestação positiva do Estado. Incorreto seria tomá-lo como algo que proíbe definitivamente a efetivação de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário. Para melhor responder o problema, deve-se esclarecer o seguinte: o controle de políticas públicas pode ocorrer no âmbito de ações *(i)* individuais, *(ii)* coletivas ou *(iii)* no processo abstrato de controle de constitucionalidade, cada qual com seu nível de complexidade, merecedor de atenção específica.

Ora, de fato, as ações individuais destinam-se à composição de conflitos intersubjetivos, e realmente só indiretamente será interessante fazer apreciações macroestruturais nesta sede. Isto não significa afirmar que o juiz está livre para desconsiderar qualquer coisa que "não está nos autos". Cabe ao julgador, nestes casos, diante da impossibilidade de fazer uma apreciação macroestrutural idônea, agir de modo a evitar uma interferência severamente ofensiva à separação de

[54] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*, 2001, p. 38.

[55] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, pp. 29-30.

poderes. No mais, é forçoso reconhecer que as linhas gerais das políticas públicas não serão apreciadas nestes casos, vez que nenhum juiz mandará construir uma escola porque um só aluno quer estudar, ou construir hospital para cuidar de um doente, ou construir um abrigo para um sem-teto. É uma questão de lógica e de *self-restraint*. Se o controle é exceção, então deve ser feito da forma menos traumática possível.

Porém, no caso das ações coletivas e no controle abstrato de constitucionalidade, a própria sistemática das leis que tratam de tais processos já prevêem instrumentos para lidar com a mencionada dificuldade técnica. No âmbito das ações civis públicas, a Lei nº 7.347/85 prevê o inquérito civil e a possibilidade de requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis, cujo retardamento ou omissão em cumprir constitui crime. Ora, dentro do poder de requerer exames ou perícias está a chave que desconstrói o argumento. O Ministério Público poderá ter acesso a avaliações e estudos técnicos antes de intentar a ação civil pública. Se na prática isto não ocorre, não se pode culpar a legislação em vigor[56]. Por outro lado, presume-se que os demais legitimados ao manejo de ações coletivas, tal como associações e a defensoria pública, estejam devidamente aparelhados a fazer prova de seu direito, já que este é um ônus que ordinariamente incumbe ao autor da ação (art. 333, I do Código de Processo Civil).

Por sua vez, no controle abstrato de constitucionalidade – que poderia servir, por exemplo, para atacar a lei orçamentária[57], raiz das políticas públicas – a Lei nº 9.868/99 prevê o seguinte:

> *Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.*
>
> *§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível,*

[56] Inclusive, Gustavo Amaral parece concordar com a afirmação feita no texto, veja-se: AMARAL, Gustavo, *Direito, escassez & escolha*, 2001, p. 210: "No âmbito da ação civil pública, há um campo mais amplo para a atuação do Judiciário, com a notável colaboração do Ministério Público. Através de uma atuação responsável e de uma utilização eficiente dos inquéritos civis, onde não há regras de preclusão para a coleta de provas, torna-se possível um amplo controle social dos critérios e procedimentos de alocação de recursos".

[57] Não se desconhece a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento é de que a lei orçamentária tem efeitos concretos, e por isso não se sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade pela via da ação direta. V., por exemplo, STF, ADI 2100/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999: "Constitucional. Lei de diretrizes orçamentárias. Vinculação de percentuais a programas. Previsão da inclusão obrigatória de investimentos não executados no orçamento anterior no novo. Efeitos concretos. Não se conhece de ação quanto a lei desta natureza. Salvo quando estabelecer norma geral e abstrata. Ação não conhecida". Dado os limites do trabalho, seria impossível fazer uma discussão a respeito do assunto. Para uma crítica à posição do Supremo e da doutrina, v. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça. *O orçamento na Constituição*, mimeo, 2004.

> *admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*
>
> *Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.*
>
> *§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*
>
> *§2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.*
>
> *§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.*

O art. 7º, §2º, prevê a figura do *amicus curiae* ou "amigo da corte". Trata-se de um instituto importado do direito norte-americano, onde há tempos é admitida a intervenção de entidades da sociedade civil nas ações que tramitam na Suprema Corte[58]. Por sua vez, o art. 20 e seus parágrafos permitem que o relator designe peritos, realize audiências públicas, ouça especialistas e solicite informações sobre a jurisprudência de outros tribunais. Neste processo, vale acrescentar, também será ouvido o órgão autor da norma impugnada. O objetivo deste mecanismo é permitir a participação popular no controle de constitucionalidade, com evidentes ganhos para a sua legitimidade.

Visto isto, a conclusão a que se chega é que improcede o argumento de que o judiciário está aparelhado apenas para fazer julgamentos de conflitos intersubjetivos. Nos processos individuais, de fato, dificilmente o juiz conseguirá uma apreciação correta do todo, mas nos processos coletivos e abstratos, o argumento perde importância. O sistema jurídico brasileiro é incontestavelmente um dos mais avançados do mundo em tema de processos coletivos, que deve ser considerado em conjunto com a estrutura e o poder que foram conferidos ao Ministério Público na Constituição de 1988.

[58] BINEMBOJM, Gustavo. "A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99". In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*, 2001, p. 158: "Com o §2º do art. 7º passou-se a admitir expressamente a participação de órgãos ou entidades (legitimados ou não para a propositura da ação direta), na qualidade de *amicus curiae*, contribuindo para que a Corte decida as questões constitucionais com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões".

***b) Diferentemente dos direitos individuais, os direitos sociais demandam gastos para sua efetivação, o que impede a sua concretização pela via jurisdicional***

A doutrina clássica costumava condicionar a eficácia dos direitos sociais à existência de recursos públicos disponíveis. Como não há dinheiro suficiente para cobrir todas as necessidades existentes (nem nas sociedades mais avançadas isso ocorre), compete aos órgãos políticos decidir quais serão as prioridades contempladas, e que áreas serão deixadas de lado momentaneamente. O reconhecimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais são custosos e devem ser implementado na medida dos recursos de cada sociedade é idéia fortemente arraigada no pensamento constitucional clássico brasileiro[59] e acabou reproduzida acriticamente na jurisprudência dos tribunais superiores:

> *"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"*[60].

Curiosamente, até mesmo a Organização das Nações Unidas parece ter adotado esta tese. Basta ver a diferença de redação entre o *Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais*, e o *Pacto de direitos civis e políticos*, respectivamente transcritos abaixo:

> *"Art. 2º.*
>
> *1. Cada estado-parte no presente Pacto* ***compromete-se a adotar medidas****, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico,* ***até o máximo de seus recursos disponíveis****, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas".*

[59] Por todos, v. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 289: "Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, *são prestações positivas* proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais" (grifou-se).

[60] STF, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004.

> *"Art. 2º.*
>
> *1. Os estados-partes no presente Pacto* ***comprometem-se a garantir*** *a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.*
>
> *3. Os estados-partes comprometem-se a:*
>
> *a)* ***garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo****, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;"*

A obra de STEPHEN HOLMES e CASS SUSTEIN, *The cost of rights*, que recebeu divulgação em língua portuguesa através de FLÁVIO GALDINO[61], tem o mérito de ter abalado seriamente a idéia de que há direitos sem custos. Percebe-se aqui a fina ironia perpetuada através dos tempos: também os direitos ditos negativos implicam gastos para o Estado, só que esta consideração jamais entrou em jogo nas demandas judiciais e na discussão jurídica como um todo. Seria o caso de aplicar também a reserva do possível a eles? Antes de responder ao questionamento, cumpre realizar um breve excursão no pensamento dos referidos autores.

São duas as idéias básicas do texto, que podem ser resumidas em duas assertivas: "*rights cost money*" e "*all rights make claims upon the public treasure*"[62]. Em português: direitos custam dinheiro; todos os direitos exigem gastos públicos. Assim, é falaciosa a tese de que há direitos sem custos, e de que há direitos que exigem abstenções estatais absolutas, isto é, que pudessem ser eficazes sem a presença do Estado. Todos os direitos exigem a presença do Estado, mesmo que sejam contra ele (de defesa).

Logo no início da obra os autores demonstram como um singelo evento, o incêndio ocorrido em Westhampton em 1995, no Estado de Nova York, foi controlado graças ao trabalho ostensivo das forças públicas (bombeiros e voluntários), tendo custado cerca de um milhão e cem mil dólares aos cofres públicos, na menor estimativa. Ora, os maiores beneficiados com a ação do

[61] GALDINO, Flávio. "O custo dos direitos". *In:* TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*, 2002, p. 214.

[62] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, p. 15.

Estado foram os titulares de propriedades imobiliárias na região. Sem o Estado, provavelmente as propriedades seriam consumidas pelo fogo, inviabilizando um direito que supostamente seria "de defesa". Assim, asseveram os autores:

> *"There is nothing exceptional about this story. In 1996, American taxpayers devoted at least $11.6 billion to protecting private property by means of disaster relief and disaster insurance. Every day, every hour, private catastrophes are averted or mitigated by public expenditures that are sometimes large, even massive, but that often go unrecognized. (...) Public support for the kind of 'safety net' that benefited the home owners of Westhampton is broad and deep, but at the same time, Americans seem easily to forget that individual rights depend fundamentally on vigorous state action"*[63].

Não demanda muita pesquisa a comprovação empírica da teoria também para a realidade brasileira. Em outubro de 2005, por exemplo, toda a sociedade brasileira foi mobilizada em razão do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), que previa em seu art. 35, §6º[64] a realização de referendo sobre a proibição do comércio de armas. O custo do evento foi estimado em duzentos milhões de reais por Carlos Velloso, ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Como se sabe, os instrumentos da democracia semi-direta são voltados à efetivação dos direitos políticos. Portanto, tais direitos são custosos tanto aqui como alhures.

Outro exemplo para ficar ainda mais claro o ponto. Em 2005, em seu relatório de execução orçamentária por programa[65], consta que o Estado do Rio de Janeiro gastou trezentos e sete milhões de reais com prevenção e combate ao crime; quarenta e cinco milhões no reaparelhamento dos órgãos de segurança pública; um bilhão, duzentos e cinqüenta e três milhões de reais com gestão administrativa do Poder Judiciário estadual; trezentos e quarenta e sete milhões com processamento judiciário; trezentos e sessenta e quatro milhões com gestão administrativa do Poder Legislativo; cento e sessenta e seis milhões com manutenção e aperfeiçoamento das ações da defesa civil. Embora estes gastos não sejam exclusivamente voltados à efetividade dos direitos civis e políticos, é inegável que os números afastam qualquer argumentação na defesa da suposta gratuidade destes direitos.

---

[63] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, p. 14.

[64] Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei. § 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

[65] Disponível em http://www.financas.rj.gov.br/, acesso em 03.05.2006.

Mas por que o custo dos direitos foi ignorado por tanto tempo ou, melhor dizendo, por que foi simplesmente mantido no escuro? Certamente não por ingenuidade política. Os próprios autores respondem à questão:

> *"Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture"*[66].

> *"Although politically nonpartisan, the negative/positive rights dichotomy is by no means politically innocent, shaping as it does some of our important debates. It provides the theoretical underpinnings for both attacks on and defenses of the regulatory-welfare state. The negative/positive polarity, we might even say, furnishes a common language within which welfare-state liberals and libertarian conservatives can understand each other and trade abuse"*[67].

Conseqüência direta desta nova visão sobre os direitos, especialmente sobre os direitos fundamentais, é trazer ao debate jurídico a questão dos custos. Afinal, quando profere a sentença no caso concreto, seja de procedência ou de improcedência, o juiz estará participando ativamente neste processo de alocação de recursos públicos:

> *"The judiciary prides itself on being insulated from the political process, following the dictates of reason rather than expediency and commonly deffering to the legislature and executive in fiscal matters. But in practice, judges defer much less in fiscal matters than they apear to, simply because the rights that judge help protect have costs".*

Disso tudo é possível constatar que o constitucionalismo de hoje, sugestivamente chamado de neoconstitucionalismo, não comporta mais as classificações simplistas, admitindo, assim, a complexidade dos institutos

[66] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, p. 24.

[67] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, p. 42.

jurídicos[68]. Reconhecer que todo direito tem um custo não resolve o problema dos direitos sociais, mas revela que há um forte componente ideológico na questão. A conclusão a que se chega neste tópico é que os direitos demandam dinheiro, e os custos variarão de acordo com a complexidade que lhes é intrínseca. Obviamente, na maioria dos casos os direitos de proteção serão mais baratos que os direitos a prestações, mas nos dois casos há custos envolvidos, e, *a priori*, nada justifica uma precedência daqueles sobre estes.

### *c) Os direitos sociais estão sujeitos à chamada 'reserva do possível'*

Historicamente, a reserva do possível surge como um argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais. O *tópos* foi elaborado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em um julgado conhecido como *numerus clausus*. Neste processo discutia-se a constitucionalidade das restrições ao direito à livre escolha da profissão, consubstanciadas no número de vagas em medicina nas universidades, que era - e provavelmente permanece sendo - inferior à demanda estudantil. A decisão foi proferida em 18 de julho de 1972, e consignou que: "*En tanto que los asociados tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran sin embargo, bajo la* ***reserva de lo possible em el sentido de lo que el particular puede exigir em forma razonable de la sociedad***"[69].

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) emerge como importante argumento contra a sindicação dos direitos sociais quando estes exigem prestações do Estado. Para ROBERT ALEXY, desconsiderar a reserva do possível seria subordinar partes essenciais da política ao direito constitucional[70]. BÖCKENFORD é outro defensor da reserva do possível na doutrina alemã, considerando que a garantia dos direitos fundamentais dependem de meios financeiros disponíveis[71]. Afirmam alguns autores que *"em situações extremas, as despesas realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos inviabilizariam outros projetos estatais, eventualmente até projetos relacionados a outros direitos fundamentais"*[72]. Além disso, o reconhecimento do direito a grupos específicos que procuraram a tutela judicial poderia impedir que outros grupos, que não recorreram ao Judiciário, pudessem receber a mesma prestação, com evidente prejuízo ao princípio isonômico.

---

[68] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, p. 39: "True, grand efforts at simplification cannot be impeded. For some purposes, moreover, simplification can be useful; the question is whether the relevant simplification helps illuminate reality".

[69] SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*, p. 265.

[70] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 491.

[71] Cf. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2000, p. 19.

[72] GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2000, p. 19.

Isto posto, deve-se reconhecer que há certo descompasso entre o que foi afirmado pelo Tribunal e pela doutrina alemã, e o que dizem as contestações e os julgados proferidos no Brasil de hoje. Em outros termos, admitir a reserva do possível, na versão original, significa entender que os direitos subjetivos a prestações dependem de um exame de razoabilidade da pretensão individual. Não há dúvidas quanto a isso, embora não pareça ser possível resumir a questão à simplicidade da fórmula apresentada[73]. Em outro passo e contexto, a jurisprudência brasileira criou uma espécie de *condição* ao reconhecimento de direitos subjetivos aos serviços públicos, que é a existência de dinheiro nos cofres do Estado, o que é algo bem diferente. Assim, a reserva do possível convolou-se em instrumento de defesa da ampla discrionariedade administrativa em matéria orçamentária, em contraposição à efetividade dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo:

> *"Mais uma vez o tema remonta ao investimento de recursos públicos. Como infelizmente não há recursos para se investir e suprirem-se todas as necessidades públicas, o direcionamento deve ser efetuado dentro de um critério de preferência de importância, que é de exclusiva competência dos Poderes Legislativo ou Executivo (...). A legitimidade é, portanto, dos ocupantes de cargos eletivos, e não do magistrado. A escolha de uma, entre diversas opções, somente pode ser do administrador público, por ser eminentemente opção política, ato de governo, 'ato de criação'"*[74].

O caso concreto em que foi proferido o acórdão acima mencionado referia-se a uma ação em que se pretendia ver reconhecida a responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro em razão de danos morais sofridos por ex-presidiário, que passou quatro meses em carceragem superlotada e insalubre. Embora o autor tenha sido vencedor em primeira instância, a sentença acabou reformada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal sob o fundamento de que a responsabilidade civil do Estado na hipótese seria por omissão, dependendo da demonstração do elemento culpabilidade. Ainda assim, o relator não deixou de frisar seu ponto de vista, no sentido de que a reserva do possível traduz-se na ausência de dinheiro nos cofres públicos, e por conseqüência, na discricionariedade absoluta na definição de prioridades de investimento.

O argumento de tal forma se generalizou, que já foi alçado à condição de "princípio constitucional implícito", tendo sido aplicado mesmo em situações mais banais, como ações em face de concessionárias públicas por questões

[73] Afinal, sendo a razoabilidade um princípio constitucional implícito, não seria exagero dizer que qualquer pretensão exige, em alguma medida, conformidade com a razoabilidade.

[74] TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.16264, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, DJ 26.09.2005. Inverteu-se a ordem das citações, sem alteração do sentido empregado pelo magistrado.

consumeristas[75]. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul há vários julgados que, de maneira curiosa, utilizam a reserva do possível para afirmar direitos e não para negá-los[76]. No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, não houve debates substanciais sobre a reserva do possível, sendo o termo simplesmente mencionado em alguns poucos acórdãos e decisões monocráticas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a reserva do possível recebeu especial consideração em decisão monocrática proferida pelo Min. CELSO DE MELLO, na ocasião do julgamento da ADPF nº 45. Na paradigmática decisão, o Ministro entendeu possível a excepcional intervenção do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas, mas também reiterou a existência da cláusula da reserva do possível, fazendo-o nos seguintes termos:

> *"Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas"[77].*

Para o uso corrente, é possível diferenciar dois aspectos da *reserva do possível*. Diz-se *reserva do possível jurídica* a idéia de que o Estado não pode violar regras e princípios de direito orçamentário para efetivar direitos sociais, ainda que tenha dinheiro suficiente para fazê-lo[78]. Assim, se as tutelas judiciais

[75] TJRJ, Apelação Cível nº 2004.001.14423, 16ª Câmara Cível, Des. Gerson Arraes, j. 13.07.2004: "É a aplicação do princípio constitucional conhecido como RESERVA DO POSSÍVEL, em que se tem como parâmetro para a exigência de qualidade no fornecimento e prestação do serviço, o que for realmente alcançável e realizável pelo seu prestador, não só tecnologicamente, como também, economicamente". A questão versava sobre a exigência ou não das concessionárias de telefonia apresentarem detalhamento de faturas. No julgado, o relator reconheceu a impossibilidade da exigência, diante do princípio da reserva do possível (afinal, o custo seria elevado, levando ao aumento da tarifa). Porém, parece que a questão poderia ser resolvida com base no princípio da legalidade, já que os regulamentos da Anatel e as normas relativas ao direito das telecomunicações não impunham tal exigência às concessionárias.

[76] TJRS, Apelação Cível nº 700142342827, Rel. Araken de Assis, j. 12.04.2006: "O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da 'reserva do possível', ou seja, das disponibilidades orçamentárias". No mesmo sentido: TJRS, Agravo de Instrumento nº 70013392873, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 07.12.2005 e muitos outros.

[77] STF, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004.

[78] GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2000, p. 20: "Mesmo que o Estado disponha, materialmente, dos recursos necessários a um determinado direito prestacional, e ainda que eventual dispêndio destes recursos não obstaculize o atendimento a outro interesse fundamental, não disporia o Judiciário de instrumentos teóricos para, em última análise, determinar, por via oblíqua, uma reformulação do orçamento, documento

em matéria de saúde, por exemplo, ultrapassarem a dotação orçamentária, o administrador terá que fazer despesa além do que está autorizado, sujeitando-se à responsabilização política, nos termos do art. 85 da Constituição, e até mesmo penal, por improbidade administrativa. Em outras palavras, não está o juiz autorizado a alterar o orçamento público.

Não pairam dúvidas sobre a necessidade de que os princípios e regras de direito orçamentário sejam rígidos, uma vez que se deve reconhecer o Estado brasileiro como péssimo gestor do dinheiro público, haja vista o descompasso entre a elevada carga tributária e a baixa qualidade dos serviços públicos prestados à população. No entanto, recorre-se novamente ao argumento acima apresentado, de que o Estado está prioritariamente voltado à concretização dos direitos fundamentais. Ora, não faz sentido uma interpretação do direito orçamentário de costas para a finalidade maior do Estado. Atente-se que, se não há recursos orçamentários na rubrica a fim de contemplar a decisão judicial, então o caso não é de descumprir a ordem judicial e sim de rever a decisão alocativa efetuada previamente, já que houve o reconhecimento da inconstitucionalidade na tábua de prioridades da Administração Pública. Além disso, se o descumprimento das normas orçamentárias é punível, também o é o descumprimento das decisões judiciais.

O sofisma que costuma ocorrer nesta discussão é que se acaba indo para uma questão de *tudo ou nada*, ao invés de *mais ou menos*. Evidentemente, não seria razoável advogar que o juiz sente em sua cadeira e refaça todo o orçamento público, com base nas suas próprias prioridades, mas sim que faça uma eventual correção, que, de todo modo, é indireta, já que a ordem é que se cumpra a decisão judicial e não que seja alterado o orçamento. Portanto, não é dado ao juiz censurar a peça orçamentária por inteiro, especialmente em demandas individuais, mas sim pontualmente, e somente naquilo que disser respeito aos direitos fundamentais.

O conflito entre princípios e regras orçamentárias e princípios e regras de direitos fundamentais (não somente sociais, diga-se) deve ser resolvido pelo método da ponderação de princípios[79]. A incidência do princípio da proporcionalidade sobre cada situação específica deve ser objeto de estudo em separado. Aqui cumpre consignar que o direito orçamentário é um valor importante do sistema jurídico, já que o orçamento, ao menos em tese, é o resultado das decisões alocativas efetuadas pelos representantes do povo[80]. A execução orçamentária é realizada pelo ente que tem o beneplácito popular, qual seja, a Administração Pública. Respeitar o orçamento é respeitar a soberania

---

formalmente legislativo para cuja confecção devem se somar, por determinação constitucional, os esforços do Executivo e do Legislativo".

[79] Para uma definição do termo *ponderação*, v. BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 23: "Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de balancing) será entendida neste estudo como a *técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*".

[80] TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*, 1995, p. 36: "A lei orçamentária anual é o instrumento que sintetiza as políticas e opta entre as suas diversas possibilidades".

popular (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88). Assim, há razões relevantes para que as regras orçamentárias não sejam afastadas no caso concreto.

Neste passo, vale destacar que ANA PAULA DE BARCELLOS sugere, como parâmetro abstrato para a ponderação, a precedência das normas que realizam direitos fundamentais sobre as normas que não os realizam. Porém, a própria autora adverte que *"os modelos que se passa a discutir não pretendem funcionar como elementos rígidos ou imutáveis, mas como preferências ou parâmetros preferenciais"*[81]. É dizer: o intérprete *"não estará radicalmente impedido de afastá-los em um caso concreto, por razões extremamente particulares que sejam capazes de ilidir a presunção contida nos parâmetros"*[82]. Em conclusão, a ponderação é a forma de resolver o problema da reserva do possível jurídica.

É possível pensar em situação concreta na qual deve prevalecer o direito orçamentário, em prejuízo ao direito fundamental social do indivíduo. No Rio Grande do Sul, por exemplo, uma criança ajuizou uma ação, com fundamento na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, para ver reconhecido o seu direito à realização de tratamento dentário com finalidade meramente estética. Ora, mesmo com o fim narcisista, estava em jogo uma questão de saúde individual (talvez até mesmo psicológica, e não meramente física). Porém, neste caso específico, o Tribunal decidiu que o art. 196 da Constituição não deve prevalecer em razão da reserva do possível, mantendo a absoluta discricionariedade da Administração[83].

Por outro lado, a *reserva do possível fática* é a total ausência de dinheiro nos cofres públicos para prestar o serviço demandado. Então, chega-se ao ponto nodal: e se não houver dinheiro mesmo? Imagine-se um município sem qualquer estrutura, hipoteticamente criado, que não tenha capacidade de manter e financiar os mais básicos serviços públicos, como educação primária e saúde. Como fazer? Ousamos sustentar que para mínimo existencial não pode haver reserva do possível, isto porque se o Estado não garante um conteúdo básico de direitos prestacionais necessários à efetividade do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, ele perde a sua própria razão de existir.

Portanto, se é obrigação do Estado, como um todo, garantir essas prestações (obrigação de fim), pode-se facilmente chegar à solidariedade entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aliás, essa solidariedade já é tranqüilamente reconhecida pela jurisprudência e sequer necessita de maior

[81] BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 161.

[82] BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 162.

[83] TJRS, Apelação Cível nº 70014417869, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 03.04.2006: "Portanto, não existe suporte legal para o pedido de fornecimento de tratamento ortodôntico ao apelado, porquanto, em relação a este pedido, não existe regramento infraconstitucional às normas programáticas da Constituição Federal, além do que se deve observância à cláusula da reserva do possível". No caso, a julgadora sequer precisaria ter feito referência à programaticidade do art. 196 (que, aliás, é negada em outros acórdãos do próprio Tribunal), bastando afirmar a reserva do possível para negar o reconhecimento do direito.

discussão[84]. A dificuldade aqui estará na repartição dos custos entre os entes federativos *a posteriori*, já que não há mecanismo constitucional para realizar este acerto.

E se, porém, nem os outros entes podem pagar por estes direitos? No Brasil este argumento não pode passar de hipótese acadêmica, mas imagine-se que nosso país fosse um Estado unitário, sem recursos financeiros para pagar por esses serviços. Neste caso, um outro princípio deveria ser trazido à baila: o princípio da solidariedade, presente no art. 1º, I da Constituição da República[85]. O texto constitucional várias vezes reconhece direitos sociais contra pessoas privadas (direitos trabalhistas, pátrio poder, obrigação alimentar entre familiares, etc.). Neste caso, o juiz do caso concreto deveria reconhecer a existência do direito subjetivo e fazê-lo incidir contra particulares, como já ocorreu na Argentina[86]. Vale salientar que este processo de extensão subjetiva da eficácia dos direitos prestacionais está em pleno curso no Estado do Rio de Janeiro, onde os juízes concedem tutela de urgência para que a internação de doentes seja realizada em hospitais particulares, quando não há vagas ou aparato técnico para fazer frente à situação do paciente na rede pública[87].

Novamente, o problema aqui está em definir o modo como será efeito o acerto de contas entre o Estado e o particular. Uma das soluções possíveis é permitir a compensação dos custos incorridos com os impostos devidos pelo particular ou a remissão de débitos, nos termos dos art. 170 do Código Tributário

[84] STJ, REsp 661.821/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.06.2005: "A CF, no art. 196, e a Lei 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles". No Estado do Rio de Janeiro, v. Enunciado nº 65 da Súmula: "Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüênte antecipação da respectiva tutela". Também para educação, moradia e assistência social vale o mesmo raciocínio acima exposto.

[85] MORAES, Maria Celina Bodin de. "O princípio da solidariedade". *In:* PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabela Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios na Constituição de 1988*, 2001, p. 169: "(...) a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípios jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito".

[86] No caso concreto, narrado por Mariano G. Morelli, foi ajuizada a *ação da amparo* para a obtenção de alimentos em favor de três crianças. A liminar foi concedida, e os responsáveis legais podiam retirar alimentos em um supermercado, que se não fosse ressarcido em determinado prazo poderia descontar os valores dos tributos devidos à Província. Cf. MORELLI, Mariano G. "La justicia social y su protección jurisdiccional. Consideraciones con ocasión de un caso judicial". Revista Telemática de Filosofia del Derecho, nº 7, 2003/2004, p. 93.

[87] À primeira vista essa prática não receberá o plácito do STJ, eis que este tribunal não tem admitido a eficácia contra privados de direitos sociais, que são deveres estatais: REsp nº 736.524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.04.2006: "O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição".

Nacional[88]. Porém, esta operação depende, segundo a doutrina majoritária[89], de lei disciplinadora. De fato, esta seria a solução mais justa, já que o imposto tem a finalidade genérica de financiar os serviços públicos prestados pelo Estado. Outra solução, talvez mais controversa, seria pleitear o reconhecimento da responsabilidade civil estatal pelo dano causado ao particular, como já tem ocorrido na prática[90].

Estas soluções são válidas mesmo quando não haja uma reserva do possível fática em termos absolutos, isto é, o juiz pode, diante do caso concreto, aplicar a solidariedade entre os entes federativos ou reconhecer eficácia contra privados mesmo quando houver dinheiro nos cofres públicos, justificada a segunda hipótese quando for o caso de tutela de urgência e diante da constatação de que somente *aquele* particular poderá impedir dano grave irreparável. Primeiro porque a obrigação constitucional de efetivar os direitos sociais foi imposta a todos os entes federativos; segundo porque os particulares também estão vinculados ao adimplemento dos direitos sociais, embora em menor intensidade que a Administração, por força do princípio constitucional da solidariedade[91].

---

[88] CTN, Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. A sugestão é de BARCELLOS, Ana Paula. "Educação, constituição, democracia e recursos públicos". Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XII, 2003, p. 56-57.

[89] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 2004, p. 1147: "**Não auto-aplicabilidade. Necessidade de lei ordinária**. O art. 170, por si só, não gera direito subjetivo à compensação. O Código Tributário simplesmente autoriza o legislador ordinário de cada ente político (União, Estados e Municípios), a autorizar, por lei própria, compensações entre créditos tributários da Fazenda Pública e do sujeito passivo contra ela".

[90] No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro há dois precedentes interessantes sobre esta questão. Em um deles, a autora, acometida de grave doença, procurou internação na rede hospital do Estado, sem sucesso. Diante disso, internou-se em rede particular, e imediatamente acionou o Estado e o Município, requerendo sua transferência para a rede pública, bem com indenização pelos custos incorridos na rede particular. O resultado do julgamento é este: TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.13087, Rel. Des. Laerson Mauro, j. 22.08.2003: "Portanto, se o direito da Autora, de receber dos órgãos públicos a necessária assistência para o tratamento da grave enfermidade, de que está portadora, não foi posto em dúvida, não há como negar o pedido para que as despesas com a internação em Hospital particular sejam pagas pelo Estado, responsável pelo tratamento insuficiente que lhe proporcionou". No outro caso, um menor for internado na rede particular por solicitação do Município, com assunção das despesas pelo ente público. Na ação monitória, o Município-réu argüiu que não era possível a realização de despesa sem empenho, e perdeu. V. TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.03479, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 29.07.2005.

[91] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 343: "Mais complexa, no entanto, é a possibilidade de extrair, de uma norma consagradora de direito social de caráter não trabalhista, algum direito subjetivo positivo a determinada prestação comissiva devida pelo particular, independemente da existência de lei ordinária, ou de cláusula geral do Direito Privado suscetível de concretização judicial. Apesar das dificuldades existentes, entendemos que tal possibilidade não pode ser descartada, já que a incidência na esfera privada dos valores constitucionais solidarísticos não devem permanecer completamente à mercê da vontade do legislador ordinário. Por isso, na nossa opinião, é possível postular, em certos casos, a existência

Por fim, se não é possível retirar dinheiro de pessoas públicas e/ou particulares, o que fazer? Então, de fato, é forçoso admitir que o direito, embora deva ser reconhecido, tornar-se-á uma promessa vã. Porém, com as devidas vênias, não parece razoável a tese sustentada por FLÁVIO GALDINO, no sentido de incluir no conceito de direito subjetivo o custo dos direitos[92]. Explica-se o ponto. É que, em tema de direitos fundamentais sociais e políticas públicas, o reconhecimento da "reserva do possível" como regra tem levado à improcedência do pedido formulado. Porém, no campo do direito privado e nas execuções fiscais, caso o devedor não possua bens para o pagamento do credor, o juiz deve suspender o processo até a consumação da prescrição da pretensão executória, e não simplesmente extingui-lo[93]. Nada justifica a diferença de tratamento.

Assim, em conclusão, seria interessante e justo que as sentenças nesta matéria reconhecessem o direito social pretendido na demanda, mesmo que fosse para condicioná-lo à existência de previsão orçamentária futura. Se não houver urgência no caso concreto, é aceitável, e até menos impactante para o processo democrático, que o juiz expeça ordem no sentido de determinar a inclusão da despesa na próxima lei orçamentária.

## 4. PROPOSIÇÕES OBJETIVAS

Para fins de sistematização do trabalho, os parágrafos a seguir procuram resumir objetivamente, sem pretensão de abarcar todo o conteúdo visto, as idéias expostas nos capítulos anteriores.

---

de uma eficácia horizontal direta e imediata da dimensão prestacional dos direitos sociais na ordem jurídica nacional".

[92] GALDINO, Flávio. "O custo dos direitos". *In:* TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*, 2002, p. 214: "Por estas razões, e ressalvando que ainda não temos opinião com *animus* de definitividade sobre o tema, parece conveniente considerar a sugestão de Cass Sustein e Stephen Holmes consoante a qual os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjetivo) fundamental (devem ser trazidos para dentro do conceito)".

[93] CPC, Art. 791. Suspende-se a execução: III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

O mesmo vale para a Fazenda Pública em seus processos fiscais: STJ, REsp 738.310/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 01.08.2005: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU BENS PENHORÁVEIS. EXTINÇÃO. ABANDONO DE CAUSA. REQUERIMENTO DO RÉU. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 240/STJ. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 40, CAPUT, DA LEI N.º 6.830/80. 1. 'A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu' (Súmula n.º 240/STJ). 2. No caso de ausência de localização do executado ou bens para penhora, o art. 40, caput, da Lei n.º 6.830/80 não autoriza o julgador a extinguir o feito, mas, tão-só, suspender a execução fiscal. 3. Recurso especial provido".

1. Por múltiplas razões de ordem histórica e sociológica, em especial por causa de uma herança histórica de exclusão social e má-distribuição de renda, a população brasileira é fortemente carente de prestações de cunho social. Tais prestações restaram a cargo do Estado-administrador. Não obstante a tarefa de elevada importância que lhe foi cometida, ele tem falhado na missão de prestar à população os *mais básicos direitos sociais*, garantidos que são pela Constituição da República e, em alguns casos, até mesmo pela legislação infraconstitucional. Este *déficit* entre a atuação esperada do Estado e a realidade vivida deflagrou um movimento jurídico de contestação dos parâmetros clássicos de distribuição das funções estatais, no qual cabia estritamente à Administração Pública a decisão sobre *onde* e *como* gastar os recursos públicos, ao Poder Legislativo decidir o *quanto* deve ser gasto, enquanto ao Poder Judiciário não era permitido imiscuir-se em tais decisões.

2. Políticas públicas devem ser entendidas como os atos administrativos que, em conjunto ou isoladamente, destinam-se à consecução de um fim público, que pode ter natureza constitucional ou não. É importante o consenso existente na identificação das políticas públicas como meios para a efetivação de fins públicos, já que isto permite o seu controle, seja pela verificação da idoneidade do meio, ou pela fixação de metas públicas mínimas, as quais elas estarão obrigadas a alcançar.

3. Embora não se duvide que administradores e legisladores detenham legitimidade para realizar a interpretação constitucional, compete ao Poder Judiciário proferir a última palavra sobre o sentido e alcance dos princípios e regras constitucionais. A legitimidade judicial decorre do próprio mandato constitucional recebido, de sua função contramajoritária e, em especial, do caráter preferencial dos direitos fundamentais. O sistema orçamentário brasileiro, no qual as leis orçamentárias não passam de mera autorização, criou a grave distorção de deixar às decisões de dispêndio de dinheiro público a cargo exclusivo da Administração Pública, que é governada pelo princípio majoritário. Assim, o Poder Judiciário deve assumir a especial tarefa de proteger as minorias na prestação dos serviços públicos. Por fim, não se justifica o argumento de que o Judiciário não está estruturado para lidar com questões macroestruturais, tendo em vista os avançados sistemas de processos coletivos e de controle abstrato de constitucionalidade existentes no direito brasileiro.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FONTE, Felipe de Melo. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>.

Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link:http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

**Publicação Impressa / Informações adicionais:**

Informação não disponível.