

# A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*Graziela Mayra Joskowicz*

*Procuradora Federal*

*Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo*

*Especialista em Direito Constitucional*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os direitos sociais e o Estado Social; 2 Os direitos sociais e a Constituição Federal de 1998; 3 Os direitos sociais e a regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; 4 O controle judicial das políticas públicas; 4.1 O custo dos direitos sociais; 4.2 A reserva do possível; 4.3 O princípio da separação dos poderes; 4.4 O princípio democrático; 4.5 Problemas da judicialização excessiva; 4.6 Argumentos favoráveis ao controle judicial das políticas públicas; 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre o problema da eficácia dos direitos sociais prestacionais, previstos, em sua maioria, através de normas constitucionais de cunho programático. Procura-se averiguar se tais normas podem ser diretamente aplicadas, independentemente de interposição legislativa, bem como se geram direitos subjetivos individuais a prestações estatais. Nesse contexto, o estudo também busca definir os limites à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, através da análise dos argumentos favoráveis e contrários suscitados pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente as questões do custo dos direitos sociais e dos limites orçamentários e as objeções de violação ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes.

**ABSTRACT:** The present piece of work focuses on the problem of the effectiveness of the positive social rights, which are regulated, in their majority, by constitutional programmatic rules. It aims to inquire if such rules can be directly applied, independently of legislative interposition, as well as if they generate individual subjective rights for state positive actions. In this context, the study also aims to define the limits for the Judicial Power to perform when dealing with the control of public policies. In light of this, favorable and contrary arguments raised by doctrine and jurisprudence will be analyzed, especially the questions of the costs of social rights and the budgetary limits and the objections related to the violation of principles of democracy and separation of powers.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos sociais. Eficácia. Controle judicial. Políticas públicas. Custo dos direitos.

**KEYWORDS:** Social rights. Effectiveness. Judicial control. Public policies. Cost of rights.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, atualmente, estão positivados em diversos instrumentos jurídicos de direito internacional e interno dos Estados. Entretanto, apesar da considerável evolução dos direitos fundamentais no que se refere à sua positivação, nota-se que, na realidade fática, principalmente de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, muitos desses direitos, especialmente os sociais, encontram-se distantes de sua plena concretização.

Esse é o quadro que se encontra no Brasil, onde a Constituição Federal vigente, apesar de bastante avançada quanto à previsão de direitos fundamentais, com ampla gama de direitos sociais nela inscritos, não logrou realizar a transformação social almejada quando de sua edição, há mais de vinte anos.

Deveras, é flagrante o contraste entre as normas de Direitos Fundamentais Sociais insertas na Carta Magna e a realidade de grande parte dos brasileiros, que muitas vezes não têm acesso aos mais básicos direitos.

Assim, as questões da eficácia jurídica e da eficácia social (efetividade) dos direitos sociais insertos na Constituição Federal têm sido alvo de amplos debates doutrinários e jurisprudenciais. Discute-se, especialmente, se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais prestacionais seriam diretamente aplicáveis, se gerariam direitos subjetivos individuais a prestações estatais e se as políticas públicas poderiam ser objeto de controle judicial. No presente estudo, buscar-se-á analisar essas questões à luz do Direito Constitucional brasileiro.

## 1 OS DIREITOS SOCIAIS E O ESTADO SOCIAL

O surgimento dos direitos sociais reflete o contexto de passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, também conhecido como “Welfare State”<sup>1</sup>.

O Estado Liberal era concebido como Estado mínimo, não-intervencionista. Sua atuação limitava-se a proteger as liberdades individuais. Entretanto, o liberalismo revelou-se insuficiente para garantir o equilíbrio social, uma vez que as desigualdades sociais se

<sup>1</sup> Cf. MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 38.

intensificavam progressivamente, levando grande parcela da população a viver em condições miseráveis.

Nesse contexto, as liberdades clássicas não passavam de direitos meramente formais, já que não podiam ser efetivamente fruídas pelos indivíduos que não dispunham de condições materiais mínimas para viver.

Essa situação conduziu a uma evolução da concepção do Estado, ao qual se atribuíram novas funções. O Estado, assim, deixou de ter uma postura absentéista e passou a intervir na ordem econômica e social, estabelecendo políticas de médio e longo prazo. Surgiu, então, o Estado Social, caracterizado pelo *government by policies, que substitui o government by law* do liberalismo<sup>2</sup>. É nesse contexto que os direitos sociais passaram a ser introduzidos nas Constituições.

A primeira Constituição a prever os direitos sociais foi a do México, de 1917, seguida pela Russa, de 1917 e a de Weimar, de 1919. No Brasil, a primeira Constituição a prever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934<sup>3</sup>.

Interessante notar que, nesse período que sucedeu a Primeira Guerra Mundial, a expressão direito social referia-se basicamente aos direitos trabalhistas. Estava relacionada, pois, a apenas um grupo determinado de pessoas<sup>4</sup>.

Somente mais tarde é que os direitos sociais passaram a corresponder ao direito de acesso a serviços oferecidos em caráter universal, como saúde e educação<sup>5</sup>.

Atualmente, os direitos sociais estão previstos em grande parte das ordens constitucionais e são concebidos como condições essenciais à legitimidade de um autêntico Estado de Direito. Sobre essa questão, disserta Ingo Wolfgang Sarlet:

2 Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, p. 37, abr./jun. 1999.

3 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 285.

4 Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 174.

5 *Ibidem*, p. 174.

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.<sup>6</sup>

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais sociais se inserem em um modelo de Estado voltado cada vez mais às questões coletivas do que às individuais<sup>7</sup>.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Muitas das normas que prescrevem direitos sociais na Constituição Federal de 1988 são versadas de modo programático.

Normas programáticas são aquelas que preveem programas, finalidades e tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado e que demandam concretização pelo legislador<sup>8</sup>. Por isso, diz-se que são normas com baixa densidade normativa.

Alguns autores criticam a expressão “normas programáticas”, uma vez que ela teria sido empregada, no passado, no sentido de retirar dessas normas o caráter jurídico, reduzindo-as a meros ditames políticos<sup>9</sup>.

Em geral, os direitos sociais são previstos de forma mais vaga na Constituição a fim de permitir ao legislador infraconstitucional a concretização das normas de acordo com a conjuntura socioeconômica. A intenção dessa forma de positivação é impedir que as normas constitucionais acabem sendo superadas por mudanças conjunturais<sup>10</sup>.

Essa relativa autonomia que a Constituição confere ao legislador na definição do modo e da medida de concretização dos direitos sociais,

6 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71.

7 Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 19.

8 Cf. SARLET, op. cit., p. 284.

9 Cf. KRELL, op. cit., p. 20.

10 Cf. SARLET, op. cit., p. 308.

formando o chamado “livre espaço de conformação”, também se justifica por permitir a vigência de um sistema político pluralista, na medida em que possibilita a formulação de políticas públicas que reflitam a escolha do eleitorado em cada momento<sup>11</sup>. Afinal, são os governantes e parlamentares, democraticamente eleitos pelos cidadãos, que decidirão a forma de implementação dos direitos sociais, entre os diversos caminhos permitidos constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, por conter muitas dessas normas programáticas, é caracterizada como uma constituição dirigente.

Não se pode deixar de consignar que muito se tem criticado esse tipo de Constituição, tendo em vista o reduzido grau de eficácia alcançado, mesmo tendo sido previstos meios para garantir sua efetivação, como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Uma das críticas que se fazem é que a formulação de promessas constitucionais referentes aos Direitos Fundamentais Sociais, sem que o Estado tivesse reais condições de promovê-los, teria gerado uma frustração constitucional, sentimento de descrença dos cidadãos na ordem jurídica e no poder político.

José Joaquim Gomes Canotilho, apesar de ter sido inicialmente um dos defensores do constitucionalismo dirigente, mais recentemente mudou seu posicionamento. Segundo ele, esse tipo de Constituição consistiria em uma “conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade”<sup>12</sup>. Ele considera que está ultrapassada a idéia de uma Constituição que coloca o Estado como centro de direção exclusiva ou quase exclusiva da sociedade, de modo que aposta no que chama de “constitucionalismo moralmente reflexivo”, através de políticas de direção indireta, que demandam participação mais ativa e responsável da sociedade civil<sup>13</sup>.

Deveras, a experiência demonstrou que a mera previsão de direitos sociais no texto constitucional não é capaz de transformar a realidade social e econômica de um país. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que a previsão dos direitos sociais na Constituição, mesmo que não haja condições de sua plena efetivação, tem uma função educativa

11 Cf. KRELL, op. cit., p. 22.

12 Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, p. 10, 1998.

13 *Ibidem*, p. 16.

e conscientizadora, além de fornecer subsídios para as reivindicações da sociedade civil organizada<sup>14</sup>.

### 3 OS DIREITOS SOCIAIS E A REGRA DE APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Com relação aos direitos de defesa, não se costuma questionar a respeito de sua aplicabilidade imediata.

Entretanto, há discussão sobre se tal dispositivo constitucional se aplica também às normas relativas a direitos sociais prestacionais ou somente às normas relativas aos direitos individuais e coletivos.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que essa norma constitucional se aplica também aos direitos sociais<sup>15</sup>. Conforme assevera, a referida norma não se refere a uma categoria específica de direitos fundamentais, mas, genericamente, a “direitos e garantias fundamentais”, entre os quais se inserem os direitos sociais<sup>16</sup>.

Deveras, a Constituição não faz qualquer distinção entre as categorias de direitos fundamentais com relação à aplicação da referida norma, de modo que se pode afirmar que a regra de aplicabilidade imediata também se refere aos direitos sociais.

É preciso verificar, então, qual o significado dessa aplicabilidade imediata da norma, especialmente com relação às normas programáticas de direito social, que demandam concretização legislativa.

Entendemos que, em regra, essas normas, por sua natureza, dependem da intervenção do legislador para poderem gerar plenos efeitos. Entretanto, o Poder Público está obrigado, independentemente de concretização legislativa, a atuar de modo a maximizar a eficácia desses direitos e a garantir um mínimo de condições para uma existência digna aos cidadãos, dentro de suas possibilidades financeiras.

14 Cf. KRELL, op. cit., p. 28.

15 No mesmo sentido, v. SILVA, op. cit., p. 467.

16 SARLET, op. cit., p. 278.

Assim, mesmo que não tenha havido concretização legislativa, os cidadãos podem deduzir direitos das normas constitucionais, desde que suas pretensões possam ser inferidas, com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, dos valores insertos na Constituição.

Com relação a essa questão, Ingo Wolfgang Sarlet pondera que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal teria um caráter principiológico, representando um mandado de otimização, no sentido de determinar que os órgãos estatais proporcionem a maior eficácia aos direitos sociais<sup>17</sup>.

Isso porque o fim da norma insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal teria sido especialmente o de evitar que os direitos fundamentais se tornem letra morta<sup>18</sup>.

Assim, a regra de aplicabilidade imediata com relação aos direitos sociais teria a função de incumbir ao Estado o dever de maximizar a eficácia desses direitos, com a implementação das medidas necessárias à sua realização<sup>19</sup>.

De fato, as normas programáticas, por terem eficácia limitada, demandam a interposição legislativa para poderem produzir plenos efeitos. Entretanto, mesmo essas normas possuem algumas cargas eficaciais que independem da concretização legislativa, já que elas: (i) acarretam a revogação das normas que lhe sejam contrárias; (ii) vinculam o Legislativo a produzir normas voltadas à concretização dos direitos nelas previstos, sendo esse Poder impedido de legislar de forma contrária ao sentido de seus preceitos; (iii) fixam diretrizes para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (iv) geram, ao menos, direito subjetivo no sentido negativo, uma vez que o indivíduo tem direito de exigir que o Estado não atue de forma contrária aos seus ditames; e (v) quanto aos direitos já concretizados pelo legislador, conferem certa estabilidade ao grau de satisfação dos direitos sociais, através da chamada proibição de retrocesso<sup>20</sup>.

17 SARLET, op. cit., p. 288.

18 SARLET, op. cit., p. 281.

19 KRELL, op. cit., p. 38. Essa tese vai ao encontro da doutrina brasileira da efetividade, que busca reconhecer a aplicabilidade direta e imediata da norma constitucional, na máxima extensão de sua densidade normativa, conforme ensinamentos de Luís Roberto Barroso, em *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em: 21.03.2009. p. 5.

20 Cf. SARLET, op. cit., p. 314-318.

Portanto, vê-se que as normas programáticas, independentemente de sua concretização por leis infraconstitucionais, são capazes de produzir certos efeitos.

Entretanto, deve-se atentar ao fato de que o motivo principal da eficácia reduzida dos direitos sociais não é exatamente a falta de sua concretização pelo legislador ordinário. O problema reside, especialmente, na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas, no delineamento dos gastos nos orçamentos públicos e na própria escassez de recursos<sup>21</sup>.

Deveras, grande parte dos direitos sociais já foi regulamentada por normas infraconstitucionais. Vejam-se, por exemplo, as Leis Orgânicas de Saúde (n° 8.080, de 19/09/1990) e de Assistência Social (n° 8.742, de 07/12/1993), além da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (n° 9.394, de 20/12/1996).

Assim, o problema do baixo grau de efetivação de direitos sociais não se deve tanto à falta de concretização legislativa das normas constitucionais, mas, principalmente, à formulação de políticas públicas incapazes de implementar integralmente e de forma satisfatória os direitos previstos constitucionalmente.

É o caso, por exemplo, de medicamentos que não são fornecidos gratuitamente pelo Estado, ou de certos tratamentos de saúde que não são prestados em hospitais públicos. Nesses casos, poderia o cidadão exigir judicialmente o fornecimento de determinado remédio ou tratamento, com base no direito à saúde consagrado constitucionalmente? Poderia o Poder Judiciário intervir na política pública implementada, a fim de determinar a realização de uma prestação a um indivíduo não contemplada nos planos governamentais?

Essas indagações serão objeto das reflexões expendidas adiante.

#### 4 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A questão da eficácia dos direitos sociais está, como visto, intimamente relacionada à problemática do controle das políticas públicas pelo Judiciário. Discute-se se esse Poder teria competência para interferir nas escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo nas

21 Cf. KRELL, op. cit., p. 32.

políticas públicas desenvolvidas, impondo-lhes, por exemplo, o dever de efetuar alguma prestação social específica.

As políticas públicas, tarefas características do Estado Social, podem ser definidas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>22</sup>. As políticas públicas, portanto, podem ser compreendidas como envolvendo tanto a atuação normativa, reguladora e fomentadora do Estado, como suas ações concretas, de prestações de serviços<sup>23</sup>.

Impende destacar que o controle das políticas públicas pode envolver objetos diversos. Um deles é o conteúdo das políticas públicas, através da análise das metas e prioridades eleitas pelo Poder Público com relação aos direitos fundamentais, bem como a verificação do resultado final esperado. Além disso, o controle pode ter como objeto o processo de decisão e execução das políticas públicas, através da verificação do montante de recursos aplicados nas políticas relativas aos direitos fundamentais, do atingimento das metas fixadas e da eficiência no emprego dos recursos públicos<sup>24</sup>.

No presente estudo, o enfoque é dado principalmente ao controle judicial com relação ao conteúdo das políticas públicas, por ser tema bastante recorrente e de grande controvérsia na jurisprudência e na doutrina. Tal controle refere-se ao julgamento, pelo Poder Judiciário, a respeito da conformidade das metas estabelecidas pelo Legislativo e Executivo no âmbito do orçamento e da execução orçamentária e do resultado final esperado dessas políticas públicas com as normas que regem os direitos fundamentais<sup>25</sup>.

Esse controle parte do pressuposto de que, com base nos preceitos constitucionais, há certos resultados esperados e, portanto, exigíveis, com relação às políticas públicas relacionadas aos direitos sociais. Nessa

<sup>22</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 135-136, 1996.

<sup>23</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 112.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 128-129.

<sup>25</sup> Cf. BARCELOS, op. cit., p. 129.

visão, certos bens e serviços poderiam ser exigidos judicialmente do Estado se não previstos nas políticas públicas.

A jurisprudência brasileira atual apresenta muitas decisões que expressam esse entendimento, especialmente na área da saúde, em que se determina ao Estado que custeie um tratamento médico ou ofereça algum medicamento.

Contudo, parte da doutrina tem apresentado críticas incisivas em face desse entendimento.

Assim, passar-se-á a analisar dessas críticas, para, dessa forma, verificar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.1 O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A questão que pode ser considerada como o maior entrave à eficácia dos direitos sociais prestacionais é que sua efetivação implica relevantes gastos ao Estado.

Como os direitos sociais prestacionais demandam um comportamento ativo do Estado na distribuição e criação de bens à sociedade, é evidente que eles possuem um caráter econômico relevante.

É fato que não são apenas os direitos sociais que demandam o emprego de recursos financeiros pelo Estado. Isso porque os chamados direitos de defesa também exigem a atuação do poder público para sua proteção e efetivação.

Deveras, tem-se reconhecido que, tanto os direitos de defesa, quanto os direitos prestacionais, possuem determinações positivas e negativas ao Estado<sup>26</sup>. O direito à vida, por exemplo, reconhecido como direito de primeira geração, somente pode ser assegurado se o Estado adotar medidas protetivas, como serviço de polícia, sistema prisional, etc.

Por esse motivo, há autores que criticam as teses que veem a questão econômica como obstáculo à plena efetivação dos direitos sociais, já que os direitos de defesa também têm relevância econômica.

<sup>26</sup> Cf. KRELL, op. cit., p. 47.

Ana Carolina Lopes Olsen afirma que a ideia de que os direitos de defesa gerariam pouco ou nenhum gasto ao Estado e que os direitos sociais, em contrapartida, seriam extremamente custosos, teria sido disseminada pela teoria neoliberal<sup>27</sup>.

Contudo, ao se ressaltar a questão do custo dos direitos sociais, não se pretende dizer que somente eles implicariam gastos ao Estado. Ao contrário, como já enfatizado, reconhece-se que todos os direitos, incluindo os de defesa, implicam certos gastos ao Poder Público.

Ocorre que os custos dos direitos de liberdade funcionam de forma diferente dos custos dos direitos sociais.

Conforme explica José Reinaldo de Lima Lopes, a defesa dos direitos de liberdade ou patrimoniais exige do Estado gastos na manutenção de seu aparelhamento policial e judicial, os quais, contudo, não têm relação direta com o valor do bem protegido<sup>28</sup>. Ou seja, o custo da defesa dos direitos de liberdade não varia consideravelmente em função dos direitos a serem protegidos. Já com relação aos direitos sociais, o montante gasto pelo Estado varia diretamente em função do interesse que se pretende defender.

Nessa senda, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa está relacionada ao fato de que o fator custo não é apontado como óbice à sua efetivação pelo Poder Judiciário, uma vez que a imediata aplicação desses direitos independe dos fatores econômicos<sup>29</sup>. Deveras, as decisões judiciais proferidas em favor da proteção desses direitos, geralmente não implicam dispêndio financeiro direto pelo Estado.

Os direitos sociais prestacionais, por sua vez, impescindem do dispêndio de recursos financeiros para sua implementação. Desse modo, as decisões do Poder Judiciário que reconhecem um direito a prestação implicam ao Poder Público o gasto direto de recursos.

Ocorre que os recursos financeiros do Estado são limitados. Em vista dessa escassez de recursos e da impossibilidade de sua arrecadação irrestrita em face dos contribuintes, há que se reconhecer que o Estado não poderá ser obrigado a realizar prestações que exorbitem

27 *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 186.

28 LOPES, op. cit., p. 177.

29 SARLET, op. cit., p. 305.

sua disponibilidade financeira. Isso significa que a questão econômica representa um limite fático à efetivação dos direitos sociais.

Conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos retórica. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real<sup>30</sup>.

Em vista disso, a doutrina tem afirmado que a efetivação dos direitos sociais está adstrita à observância da chamada “reserva do possível”, cujo significado será a seguir estudado.

#### 4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível consiste em uma condição que limita a aplicação do Direito<sup>31</sup>. No campo dos direitos sociais, a reserva do possível significa que a efetivação desses direitos estaria condicionada à disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários. A reserva do possível abrangeria tanto a questão da existência dos recursos, quanto a possibilidade jurídica de sua disposição pelo Estado<sup>32</sup>.

A “reserva do possível” foi primeiramente aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso conhecido como *numerus clausus*<sup>33</sup>. Esse caso envolvia a discussão a respeito da compatibilidade entre leis estaduais que restringiam o acesso dos cidadãos a universidades públicas (*numerus clausus*) e a Lei Fundamental<sup>34</sup>.

Aquela Corte entendeu que as referidas leis eram constitucionais, na medida em que o Estado já estava fazendo o possível para tornar o ensino superior acessível, de modo que não seria razoável exigir mais dele, uma vez que tal exigência poderia também comprometer outros programas sociais. A ideia de reserva do possível, nesse contexto, não dizia respeito propriamente à escassez de recursos, como tem sido seu

30 SARLET, op. cit., p. 370.

31 Cf. OLSEN, op. cit., p. 199.

32 SARLET, op. cit., p. 306.

33 SARLET, op. cit., p. 306.

34 Cf. OLSEN, op. cit., p. 215.

uso mais comum, mas especialmente à razoabilidade da exigência dos indivíduos quanto à alocação desses recursos<sup>35</sup>.

Andreas J. Krell critica a adoção acrítica da “reserva do possível” pelo Brasil e da sua aplicação da mesma forma como empregada na Alemanha, uma vez que a realidade socioeconômica desses países é bastante díspar<sup>36</sup>.

Deveras, não se pode negar que os institutos jurídicos, quando transportados de um sistema jurídico para outro, devem ser interpretados dentro do contexto socioeconômico em que se inserem. Com relação à reserva do possível não deve ser diferente. Ela deve ser compreendida, no Brasil, levando-se em consideração o quadro social de um país em desenvolvimento. Entretanto, isso não significa que esse conceito não possa ser utilizado em nosso sistema jurídico.

A doutrina apresenta diferentes concepções sobre o alcance e significado da reserva do possível.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a reserva do possível apresenta três dimensões, quais sejam:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade<sup>37</sup>.

Para Ana Carolina Lopes Olsen, a reserva do possível corresponde aos elementos fáticos que influenciam a aplicação do Direito, podendo ser analisada em dois campos: o da lógica e o da existência dos recursos materiais. No campo da lógica, a reserva do possível impediria que se exigissem do Estado prestações logicamente impossíveis, como, por

35 Ibidem, p. 219.

36 KRELL, op. cit., p. 51-56.

37 SARLET, op. cit., p. 307.

exemplo, o fornecimento de medicamento para cura de doença que seja incurável pelo estágio atual da medicina. Quanto à existência de recursos materiais, a reserva do possível impediria a exigência de prestações do Estado quando não houvesse disponibilidade fática ou jurídica dos recursos para sua efetivação<sup>38</sup>.

É nessa última vertente, referente à disponibilidade fática e jurídica de recursos, que a reserva do possível tem maior relevância no tema da efetivação dos direitos sociais, justamente pelo fator do custo desses direitos.

Como visto, o Estado não dispõe de dinheiro suficiente para atender às necessidades de todos. A arrecadação de recursos pelo Estado é limitada por normas constitucionais e legais e, conseqüentemente, os recursos e gastos estatais também são limitados<sup>39</sup>.

Nesse sentido, dissertam Gustavo Amaral e Danielle Melo:

[...] afirmar que alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direitos dos servidores aos seus vencimentos<sup>40</sup>.

Por isso, não sendo possível o atendimento de todas as necessidades, o Estado deve eleger as prioridades a serem atendidas e, com base nisso, elaborar a lei orçamentária e as políticas públicas. Destaque-se que a alocação de recursos escassos deve levar em conta se eles são suficientes para permitir um acesso universal e igualitário aos serviços que serão prestados. Ou seja, o Estado, ao decidir, por exemplo, conceder um determinado medicamento gratuitamente, deverá verificar se possui recursos suficientes para concedê-lo a todos que dele precisam, sem dar preferência a uns indivíduos em detrimento de outros, sob pena de violar o princípio da igualdade<sup>41</sup>.

38 OLSEN, op. cit, p. 204-205.

39 Cf. LOPES, op. cit., p. 179.

40 Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 104.

41 Cf. LOPES, op. cit., p. 179.

Como se pode ver, a reserva do possível relativa à ausência de recursos, *a priori*, é argumento legítimo para que o Estado se negue a efetivar uma prestação social, já que não se pode dele esperar algo além de suas possibilidades financeiras.

Ademais, a reserva do possível pode até ser vista como uma garantia da proteção dos direitos sociais, uma vez que evita que, para atendimento de uma demanda individual, os recursos destinados à implementação de outros direitos sociais sejam realocados<sup>42</sup>.

Entretanto, é preciso verificar se a ausência de recursos para uma determinada prestação não é decorrente de alocação dos recursos feita pelo Poder Público contrariamente às disposições constitucionais. Sabe-se que a Constituição não determina detalhadamente como devem ser gastos os recursos públicos e nem seu montante, exceto em alguns campos, como na educação e na saúde, em que se preveem recursos mínimos a serem investidos. Contudo, é possível extrair da Carta Maior as prioridades eleitas pelo Constituinte, entre as quais, indubitavelmente, está a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, os recursos orçamentários devem ser destinados prioritariamente aos fins considerados essenciais pela Constituição e, se assim não tiver ocorrido, o argumento da reserva do possível perde sua legitimidade.

Há de se distinguir, pois, as situações em que a realização de uma prestação não é possível por comprovada e efetiva ausência de recursos, daquelas em que a falta de recursos decorre de sua alocação em desconformidade com a Constituição.

Nesse contexto, disserta Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse '*vontade política*', face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável<sup>43</sup>.

Na mesma linha dos argumentos aqui defendidos, dissertou o Ministro Celso de Mello em despacho proferido nos autos da ADPF-

<sup>42</sup> Cf. SARLET, op. cit., p. 307.

<sup>43</sup> OLSEN, op. cit., p. 209.

45, ajuizada com o fim de derrubar veto presidencial que afetaria as verbas da saúde. Ele reconheceu que a efetivação dos direitos sociais está condicionada às possibilidades financeiras estatais, mas que o Poder Público não pode, mediante manipulação de suas atividades financeiras e político-administrativas, criar empecilhos artificiais e ilegítimos à efetivação dos direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Dessa forma, é possível dizer que a discricionariedade administrativa na alocação de recursos está limitada por parâmetros que podem ser extraídos da Constituição Federal. Nos casos em que a Carta Magna não estabelecer os percentuais mínimos de aplicação de recursos, será necessário adotar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fazendo-se a ponderação entre os bens que se visam realizar e a destinação dos recursos que gerou a escassez<sup>45</sup>. Nesse contexto, pode-se afirmar, por exemplo, que os gastos governamentais com publicidade não podem exceder os valores empregados na promoção dos direitos sociais, em vista da maior relevância destes direitos na ordem constitucional<sup>46</sup>.

#### 4.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Uma das críticas que se fazem ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é que essa intervenção violaria o princípio da separação de poderes, uma vez que seria função exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo a regulamentação, formulação e implementação dessas políticas.

<sup>44</sup> [...] É 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) – DJ: 04.05.2004.

<sup>45</sup> Cf. OLSEN, op. cit., p. 214.

<sup>46</sup> Cf. BARCELLOS, op. cit., p. 132.

Conforme disserta José Reinaldo de Lima Lopes, a decisão quanto à alocação de recursos é uma decisão política, ou seja, de conveniência, uma vez que não há critérios normativos que conduzam a uma única solução<sup>47</sup>. Assim, o Poder Judiciário não poderia julgar essas questões, uma vez que somente teria competência para decidir sobre a legalidade ou constitucionalidade de uma escolha e não sobre o acerto ou desacerto de decisão tomada pela Administração no âmbito de atividade discricionária.

Outra crítica que se faz é a de que o Poder Judiciário não teria subsídios suficientes para julgar sobre o acerto ou desacerto de políticas públicas e destinação de recursos públicos. Isso porque o Poder Executivo, como tem uma visão global dos recursos e das necessidades existentes, estaria em melhores condições de decidir sobre a alocação de recursos, de modo a otimizar os gastos públicos<sup>48</sup>.

Alega-se que as decisões judiciais relacionadas à concessão de prestações sociais em um caso específico teriam enfoque meramente individualista das questões sociais, sendo que uma gestão eficiente de recursos impescindiria de uma percepção global dos recursos e necessidades existentes.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso, “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”<sup>49</sup>.

Com fulcro nesses argumentos, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, na SS 3073/RN, considerou que o Judiciário não deveria determinar ao Estado o fornecimento gratuito de medicamento que não constasse em seu programa de dispensação de medicamentos, já que uma decisão em sentido contrário, por implicar elevados gastos ao governo, poderia prejudicar o sistema público de saúde como um todo<sup>50</sup>.

47 LOPES, op. cit., p. 184.

48 Cf. BARROSO, op. cit., p. 23.

49 Cf. BARROSO, op. cit. p. 27.

50 “[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário,

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, faz ressalvas à crítica ora em comento, uma vez que entende que somente se atingirá a macro-justiça se forem atribuídos aos indivíduos os bens essenciais à dignidade humana, ou seja, se forem consideradas as micro-justiças. Segundo a autora, “a ‘macro-justiça’ – assim como a clássica noção de *interesse público* – não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas”<sup>51</sup>. Assim, conclui que haverá injuricidade na concepção da macro-justiça se não se respeitarem os direitos mínimos à vida digna dos indivíduos.

Já Andreas J. Krell entende que, em princípio, o Judiciário não deveria intervir nas escolhas feitas por outro Poder na concretização dos direitos sociais, exceto quando houvesse violação evidente e arbitrária da determinação constitucional<sup>52</sup>.

Em vista disso, afirma que:

parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais<sup>53</sup>.

Esse autor afirma que a teoria da separação de poderes, surgida na época do Estado liberal, merece ser interpretada de uma forma diferente no novo Estado Social, considerando-se suas necessidades

---

e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.” - DJ 14.02.2007

51 BARCELLOS, op. cit., p. 139.

52 KRELL, op. cit., p. 22.

53 Ibidem, p. 22.

específicas. Para ele, “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade”<sup>54</sup>.

O Ministro Celso de Mello, em despacho proferido na ADPF 45, afirma que, embora a função de formular e implementar políticas públicas seja atribuída aos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário poderia imiscuir-se nessa função excepcionalmente, quando aqueles órgãos, por não exercerem devidamente seus encargos, comprometerem a eficácia dos direitos individuais e coletivos constitucionais<sup>55</sup>.

Nesse contexto, há de se destacar que, diante das novas demandas sociais e da existência de um sistema jurídico permeado por regras de conceitos abertos e indeterminados, a doutrina tem salientado que a postura dos magistrados, acostumados a aplicar o direito de forma lógico-dedutiva, deve mudar, a fim de que suas decisões sejam pautadas também por aspectos valorativos e possam contribuir para a efetivação dos direitos sociais e da justiça material.

Nesse sentido, disserta Andreas J. Krell:

a concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política<sup>56</sup>.

54 Ibidem, p. 90.

55 “[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) [...]” - DJ: 04.05.2004.

56 KRELL, op. cit., p. 74.

De fato, não há dúvidas de que o Poder Judiciário deve atuar de forma a contribuir para a efetivação dos direitos sociais. Contudo, não se pode reconhecer a esse Poder competências maiores do que as que lhe foram atribuídas constitucionalmente, como a de julgar o acerto os desacerto de escolhas políticas da Administração.

Assim, para não infringir o princípio da separação de poderes, o controle das políticas públicas somente deve se dar quando houver violação de princípios e regras constitucionais e legais, seja na alocação de recursos, seja na implementação e na manutenção de políticas públicas. Esse controle deve-se restringir, pois, ao exame da constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Público e não se estender ao mérito das escolhas feitas dentro do âmbito de discricionariedade permitido pelo ordenamento.

Entretanto, cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, definir qual é o real espaço dentro do qual o Legislativo e o Executivo efetivamente podem fazer suas livres escolhas e se estas foram feitas com a observância dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento. É evidente que, para fazerem essa análise, os magistrados devem estar preparados para aplicarem uma hermenêutica que vai além da análise lógico-dedutiva das normas, devendo ser realizado um sopesamento dos valores que permeiam o ordenamento.

#### 4.4 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Outra crítica à interferência do Poder Judiciário sobre os atos dos demais Poderes na formulação e implementação de políticas públicas é a de que tal atuação representaria afronta ao princípio democrático.

Esse princípio funda-se na ideia de soberania popular, expressa no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que se concretiza, em nosso sistema jurídico e político, especialmente, através da eleição, pelo povo, de seus representantes nos Poderes Executivo e Legislativo.

Portanto, são esses dois Poderes que refletem a escolha do povo e que têm a competência para a elaboração de leis, a decisão sobre alocação de recursos e a criação e execução de políticas públicas<sup>57</sup>. Em outras palavras, são os órgãos representantes do povo que têm a competência para definir a forma e a medida de concretização dos direitos sociais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

57 Cf. BARROSO, op. cit., p. 11.

O Poder Judiciário, por sua vez, é composto por membros escolhidos, em sua maioria, por meio de concurso público, com base em critérios técnicos, e não por meio de votação popular.

Assim, parte da doutrina alega que, se o Poder Judiciário determina a implementação de um direito social num caso concreto de forma diversa da prevista na política pública formulada pelo Executivo e Legislativo, estaria ferindo o princípio democrático, já que estaria atingindo as escolhas efetuadas pelos órgãos que representam a maioria popular.

Isso ocorreria porque, uma vez que os recursos são escassos, o atendimento de uma decisão judicial que determinasse a realização de uma prestação social não prevista pelo Estado implicaria a necessidade de rearranjo na alocação de recursos. Dessa forma, o Judiciário estaria intervindo na decisão feita pelo povo, por meio de seus representantes eleitos, a respeito de como os recursos públicos devem ser gastos.

Nesse sentido, disserta Paulo Gustavo Gonet Branco:

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo, com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população. Essas opções exigem, pois, procedimento democrático para serem escolhidas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas decisões e, em segundo lugar, a Administração<sup>58</sup>.

Luís Roberto Barroso afirma que o Judiciário somente deve agir quando a maioria política desrespeitar as normas de direitos fundamentais. Segundo ele, o embate, nesse caso, dar-se-ia entre dois conceitos que envolvem o Estado democrático de direito: o constitucionalismo, que determina o respeito aos direitos fundamentais,

58 Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG, p. 31.

e a democracia, traduzida na soberania popular e no governo da maioria. Nesse contexto, o Judiciário somente poderia interferir nos casos em que houvesse patente violação ao direito fundamental expresso na Constituição ou para determinar o cumprimento de uma lei já existente, já que, nesses casos, o julgador, além de proteger o direito fundamental, estaria também resguardando a decisão majoritária expressa pelo constituinte ou pelo legislador<sup>59</sup>.

Ana Paula de Barcellos afirma que a crítica de que o controle judicial das políticas públicas feriria o princípio democrático deve ser vista com ressalvas<sup>60</sup>. Ela pondera que o funcionamento efetivo da democracia impescinde da fruição de um conjunto básico de direitos fundamentais pelo povo, sem os quais o cidadão não pode exercer plenamente a liberdade e participar conscientemente do processo político democrático. Argumenta, ainda, que, em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, grande parcela da população vive em estado de absoluta miséria e está desprovida de educação e informação, de modo que resta comprometida a participação consciente no processo democrático e o exercício de um controle social das políticas públicas. Nesse contexto de ausência de controle social, “a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo”<sup>61</sup>. Conclui a autora que o princípio democrático não pode ser considerado como um óbice ao controle judicial das políticas públicas nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que, considerando-se as condições socioeconômicas desses países, tal controle se daria justamente para garantir os direitos fundamentais essenciais para o próprio funcionamento do processo democrático.

Deveras, em países como o Brasil, em que grande parte da população não tem acesso a instrução escolar e informação, a democracia não se concretiza de forma plena, já que a escolha dos parlamentares e governantes e, conseqüentemente, das políticas que serão adotadas, não é plenamente consciente e não reflete a real vontade e necessidade do povo.

Dessa forma, levando-se em consideração essa realidade socioeconômica e política do país, entendemos que a objeção de que o controle judicial das políticas públicas afeta o princípio democrático

59 BARROSO, op. cit., p. 10-11.

60 BARCELLOS, op. cit., pp 119-122.

61 *Ibidem*, p. 121.

deve ser vista com ressalvas, não tendo força, por si só, para impedir essa atuação do Judiciário.

#### 4.5 PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Nos últimos anos, pode-se encontrar na jurisprudência grande número de decisões que reconhecem a existência de direitos subjetivos com relação a prestações sociais e que obrigam o Estado a implementá-las, especialmente na área da saúde, como o fornecimento gratuito de certos medicamentos e de determinados tratamentos médicos<sup>62</sup>.

Se, por um lado, essas decisões contribuem para a efetividade dos direitos sociais no caso concreto, por outro, podem afetar de tal maneira o orçamento público que prejudiquem a implementação das políticas públicas e, dessa forma, a concretização dos direitos sociais em prol da coletividade.

Uma das críticas mais contundentes é a falta de critérios e de razoabilidade em algumas decisões que reconhecem a existência de direitos subjetivos aos direitos sociais, como, por exemplo, as decisões que condenam a Administração a custear tratamentos de saúde não essenciais e a fornecer medicamentos experimentais ou de eficácia incerta<sup>63</sup>.

Conforme disserta Luís Roberto Barroso, esses excessos cometidos pelo Judiciário “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional de recursos públicos”<sup>64</sup>.

62 Como exemplos, vejam-se as seguintes ementas de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal e Justiça:

“Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Fornecimento de Medicamentos a Paciente Hipossuficiente. Obrigação do Estado. Súmula N. 636 Do Supremo Tribunal Federal” (Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 616551 / GO – GOIÁS. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 23/10/2007)

“Processual Civil. Administrativo. Agravo Regimental. Art. 544 do CPC. Recurso Especial. SUS. Fornecimento De Medicamentos Necessários Para O Tratamento de Angioplastia Bilateral. Artigo 196 Da Cf/88. Direito À Vida E À Saúde. Dever Do Estado. Legitimidade Passiva. Ação De Obrigação De Fazer. Antecipação de Tutela. Requisitos Legais. Preenchimento. Reexame Probatório. Impossibilidade. Súmula 07/Stj.” (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1044354/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 14/10/2008)

63 Cf. BARROSO, op. cit., p. 3.

64 Ibidem, p. 4.

Deveras, é evidente que a irrazoabilidade e desproporcionalidade das decisões judiciais que visam à implementação de direitos sociais nos casos individuais podem ocasionar o efeito inverso do pretendido, fazendo com que os preceitos constitucionais sociais se concretizem em níveis ainda menores em âmbito coletivo.

Isso se deve ao fato de que essas decisões judiciais, por implicarem gastos ao Poder Público para serem cumpridas, obrigam a Administração a realocar os escassos recursos públicos, o que fatalmente afetará as políticas previstas para serem desenvolvidas em prol da coletividade.

A respeito do assunto, disserta Ricardo Lobo Torres:

A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que ocorre em outros países<sup>65</sup>.

Assim, entendemos que as decisões judiciais que envolvam as políticas públicas impõem de uma prévia análise global dos aspectos envolvidos e do seu impacto para o resto da sociedade. Afinal, a justiça social que se pretenda fazer num caso concreto pode significar a retirada de recursos financeiros que seriam destinados a políticas públicas voltadas ao atendimento de uma quantidade maior de pessoas, que dependam ainda mais do auxílio estatal. Por esse motivo, a atuação judicial no controle da políticas públicas deve ser priorizada em ações coletivas, uma vez que, em ações individuais, é praticamente inviável essa análise global.

#### 4.6 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Grande parte da doutrina e da jurisprudência tem se manifestado a favor do reconhecimento de direito subjetivo com relação a certas prestações sociais, mesmo que elas não tenham sido especificamente previstas pelo legislador ordinário e pela Administração na elaboração das políticas públicas.

65 O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82-83.

Argumentam que os direitos sociais previstos na Constituição não podem ser considerados meras promessas, de modo que o controle judicial das políticas públicas colaboraria para a afirmação da força normativa da Constituição.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar o controle judicial do conteúdo das políticas públicas é o de que é dever do Estado garantir pelo menos o “mínimo social” e, quando isso não estiver ocorrendo, o Judiciário poderá intervir.

A Corte Constitucional Alemã reconheceu o direito a um “mínimo de existência” com fulcro nos princípios da dignidade humana e do Estado Social e nos direitos à vida e à integridade física<sup>66</sup>.

Assim, segundo a teoria do “mínimo social”, o cidadão teria o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação dos serviços sociais necessários à garantia de uma existência digna.

Segundo Andreas J. Krell, esse padrão mínimo “incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”<sup>67</sup>.

Luís Roberto Barroso afirma que o mínimo existencial “corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate político”<sup>68</sup>.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial, fundado nos princípios da dignidade humana e da proteção à vida, consiste nas condições materiais mínimas para o exercício efetivo da liberdade, as quais devem ser extraídas pelo intérprete de acordo com a realidade de cada local, considerando fatores climáticos, culturais, econômicos, etc<sup>69</sup>. Segundo esse autor, há que se reconhecer o direito subjetivo a prestações sociais quando elas forem essenciais para a garantia do mínimo existencial. Para além desses parâmetros básicos, reconhece que pode haver direitos subjetivos a prestações estatais, mas, nesses casos,

66 KRELL, op. cit., p. 61.

67 Ibidem, p. 63.

68 BARROSO, op. cit., p. 10.

69 SARLET, op. cit., p. 369 e ss.

as objeções a seu reconhecimento, especialmente o comprometimento de outros direitos fundamentais, poderão prevalecer.

A teoria do mínimo existencial foi utilizada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello nos autos da ADPF-45, a fim de reconhecer que o Judiciário pode intervir quando a omissão estatal ou sua conduta abusiva comprometerem a garantia de condições mínimas para uma existência digna aos cidadãos<sup>70</sup>.

Embora seja certo que esteja ínsita ao conceito de Estado Social a garantia de condições mínimas de existência digna aos cidadãos, não se pode esquecer que, mesmo para essa proteção social básica, é necessário o dispêndio de elevado montante de recursos financeiros, especialmente em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, onde grande parcela da população depende das prestações públicas. Assim, essas prestações mínimas tampouco estão isentas da incidência da reserva do financeiramente possível.

De qualquer forma, esse conceito do mínimo existencial é importante para conduzir as escolhas do Poder Público na formulação das políticas públicas, uma vez que elas deverão priorizar o atendimento dessas necessidades básicas, sob pena de tais escolhas serem consideradas inconstitucionais, por violação a princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, considerado como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÕES

Como se pode verificar, a Constituição Federal brasileira prevê diversos direitos sociais, em geral através de normas programáticas, as quais já foram, em sua maioria, reguladas por leis infraconstitucionais. Dessa forma, o problema da efetivação dos direitos sociais está relacionado

70 “[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (...)”- DJ: 04.05.2004.

especialmente com a formulação de políticas públicas, com o delineamento dos gastos nos orçamentos públicos e com a própria escassez de recursos.

Nesse contexto surge a discussão sobre o controle judicial do conteúdo das políticas públicas, o qual, como visto, envolve o conflito entre regras e princípios constitucionais: de um lado a separação de poderes, o princípio democrático e princípios orçamentários, e de outro, os direitos fundamentais sociais, muitas vezes essenciais à proteção da dignidade humana.

Sob outra perspectiva, pode-se afirmar que o controle judicial das políticas públicas envolveria conflitos entre os direitos sociais de uns contra os direitos sociais de outros, já que, como visto, o atendimento de uma determinação judicial para implementação de um direito social a um cidadão resulta em realocação de recursos, em prejuízo das políticas públicas previstas para beneficiarem a coletividade<sup>71</sup>.

Através da análise das críticas que se fazem ao controle judicial das políticas públicas, podemos verificar que efetivamente há limites para essa atuação do Poder Judiciário.

Pode-se dizer que, com relação a alguns casos, há direitos subjetivos a prestações estatais. A própria Constituição Federal prevê alguns deles expressamente, como o direito ao ensino fundamental gratuito. Além disso, como vimos, não há como negar que o Estado Social deve garantir aos cidadãos um mínimo de condições para uma vida digna. Entretanto, mesmo nesses casos, incidem as limitações fáticas dos recursos existentes, não tendo como se exigir do Estado algo além de suas possibilidades.

Destaque-se que grande parte dos direitos sociais está prevista de forma genérica na Constituição, formando um espaço de livre conformação ao legislador e à Administração Pública para alocação de recursos e formulação de políticas públicas. Dentro desse espaço, o Poder Público poderá fazer as escolhas que achar mais convenientes, de acordo com os recursos existentes. E, dentro desse âmbito de livre escolha, o Poder Judiciário não pode intervir, em respeito, especialmente, ao princípio de separação de Poderes.

Como demonstrado, a previsão dos direitos sociais em normas abertas permite sua concretização de formas diversas. Por isso, embora

<sup>71</sup> Cf. BARROSO, op. cit., p. 4.

os direitos sociais previstos na Constituição Federal possam abranger uma infinidade de prestações, o Poder Público é obrigado a eleger apenas algumas para efetiva implementação, tendo em vista que a escassez de recursos impede a realização de todas elas.

Um exemplo que se pode dar é o do direito fundamental à saúde. Esse direito pode dar origem a prestações diversas pelo Estado, como o saneamento básico, atendimento hospitalar, fornecimento de medicamentos, campanhas de prevenção de doenças, etc. Dentro de cada segmento desses, a Administração pode avaliar quais políticas atenderão da melhor forma a coletividade. Pode decidir, por exemplo, fornecer alguns medicamentos mais econômicos e que atendam mais pessoas, e deixar de fornecer medicamentos mais onerosos, que, em vista da escassez de recursos, não poderiam ser disponibilizados a todos os que deles necessitem. Assim, embora o fornecimento de um medicamento possa, teoricamente, subsumir-se ao direito à saúde, o Estado não poderá ser obrigado ao seu fornecimento se comprovar não ter recursos suficientes.

Como é o Legislador e a Administração Pública que têm conhecimento global dos recursos e das necessidades, supõe-se que eles podem aplicar os recursos de forma mais eficaz que o Judiciário. Assim, a eles cabe a regulação e implementação de políticas públicas, não devendo haver, em princípio, a interferência do Judiciário nesse âmbito.

Cabe ressaltar que o Poder Judiciário, no intuito de promover a justiça social em casos determinados, pode acabar prejudicando, pela necessidade de realocação de recursos, o regular desenvolvimento de políticas públicas que, além de atenderem uma quantidade maior de pessoas, alcançam aquelas que efetivamente mais necessitam da assistência estatal.

Nesse contexto, interessante destacar os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo mais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> BARROSO, Op. cit., p. 4.

Entretanto, embora seja certo que cabe ao Executivo e ao Legislativo a escolha de como e em que investir os recursos públicos, tal escolha não é de todo livre, devendo pautar-se pelas prioridades eleitas pelo constituinte. Como a Constituição elegeu como prioridades a garantia e promoção dos direitos fundamentais, as políticas públicas devem se guiar por esses princípios e, se isso não ocorrer, a intervenção do Judiciário será legítima<sup>73</sup>.

Ressalte-se que a própria Constituição Federal prevê quantidades mínimas de recursos a serem empregados em certas áreas, como na educação e na saúde (artigos 198, § 2º e 202), além de vincular as receitas de contribuições sociais ao custeio da seguridade social.

Contudo, o controle judicial não se restringe somente a essas previsões expressas. Com relação às matérias cujo percentual não esteja previsto na Constituição Federal, o controle poderá ser feito com base na análise das prioridades eleitas pelo Constituinte, utilizando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para avaliar se a destinação dos recursos que gerou escassez foi legítima.

Assim, como o Estado Social deve garantir as condições mínimas de existência digna às pessoas, o Poder Público deve priorizar o atendimento das prestações que garantam esses direitos, devendo alocar uma quantia de recursos superior à efetivação dessas prestações do que às questões menos prementes, como é o caso das publicidades governamentais. Se essa proporcionalidade estiver sendo desobedecida, haverá inconstitucionalidade, podendo o Judiciário determinar ao Poder Público que a alocação de recursos se adapte aos ditames constitucionais.

Ademais, não se pode olvidar que o Judiciário poderá controlar a moralidade, eficiência e probidade dos atos da Administração, responsabilizando os agentes que tenham desrespeitado esses princípios. Isso é de relevante importância, tendo em vista que a maximização da eficácia dos direitos fundamentais indubitavelmente depende de uma boa administração.

Dessa forma, entendemos que o controle judicial das políticas públicas impõe de uma análise global, pelo julgador, dos diversos aspectos que envolvem os casos a serem decididos.

Essa análise global, contudo, por demandar grande volume de informações e envolver a discussão de interesses de toda a sociedade, dificilmente será possível em ações individuais, de modo que devem ser priorizadas as ações coletivas. Há que se destacar, nessa senda, a relevância dos instrumentos processuais coletivos e abstratos, como as ações civis públicas, ações diretas de inconstitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental. A discussão das políticas públicas de forma coletiva ou abstrata revela diversas vantagens, como a maior visibilidade do debate pela sociedade, a prevalência da visão global das necessidades e dos recursos, e o respeito à isonomia.

Assim, reconhecemos que o Poder Judiciário tem um papel importante na tutela dos direitos fundamentais sociais, mas que, nesse mister, não pode extrapolar os limites de suas competências, seja para não infringir os princípios orçamentários, democráticos e o da separação de poderes, seja para evitar que a judicialização excessiva acarrete desequilíbrios orçamentários que prejudiquem a implementação de políticas públicas em prol da coletividade.

#### REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, coordenação de Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em: 21.03.2009.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr./jun. 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 2ª parte. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Material da 1ª aula da Disciplina

73 f. BARCELLOS, op. cit., p. 117.

- Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.