

O PAPEL DO STF NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO

Gisela Pimenta Gadelha Dantas¹

Ricardo Rielo Ferreira²

Larissa Camargo Costa³.

Resumo: O presente estudo visa abordar a atuação hodierna da Corte Constitucional Brasileira na efetividade dos direitos fundamentais. Cuida-se de uma análise acerca da irradiação no Direito Brasileiro das doutrinas neoconstitucionalistas e pós-positivistas, aliada a uma transformação dos modos de interpretação, ante a constatação de uma Hermenêutica Jurídica em crise, passando pela necessidade de se imprimir efetividade aos direitos constitucionais sociais, especialmente à saúde e à educação, o “ativismo judicial” torna-se alvo de críticas contundentes. A clássica estrutura da separação dos poderes se confronta com a “Judicialização do Direito”; supremacia do Poder Judiciário; ausência de legitimidade democrática dos julgadores e reserva do possível. Analisando casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o trabalho propõe lançar um olhar crítico sobre o tema proposto, a fim de instigar uma consolidação do papel da Nova Jurisdição Constitucional, como legítima fonte de concretização dos direitos sociais constitucionais, em manifestação concreta da democracia, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação dos poderes. Reserva do Possível.

THE ROLE OF THE EFFECTIVENESS STF FUNDAMENTAL RIGHTS AND HEALTH EDUCATION

Abstract: The present examination aims to tackle the current performing of the Constitutional Brazilian Court on behalf of fundamental rights effectiveness. The article is an analyses of the irradiation of the neoconstitucionalism and the post-positivism into the Brazilian Law unit with a transformation of the interpretation manners concerning to a Juridical Hermeneutics in crisis, passing through the need to ensure full realization on fundamental rights, particularly in fields of health and education, the “judiciary activism” becomes the target for accentuated criticism. The classical structure of powers’ separation is confronted with the “Judicialization of law”; supremacy of the judiciary; lack of democratic legitimacy of the judges and possible reserves. Analyzing emblematic cases decided by the Federal Supreme Court (STF), the paper proposes to launch a critical eye on the theme in order to instigate a consolidation of the New Constitutional Jurisdiction role, as a legitimate source in the achievement of constitutional

¹ Advogada no Rio de Janeiro. Gerente Geral Jurídica do Sistema FIRJAN. Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/RJ. Especialista em Propriedade Intelectual – PUC/RJ

² Advogado no Rio de Janeiro. Coordenador Legislativo do Sistema FIRJAN. Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento (UCAM/RJ). Especialista em Direito do Estado (UERJ).

³ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Estagiária da FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro

social rights in concrete manifestation of democracy within the parameters and limits set by the Constitution itself.

Key-words: Judicial Activism. Powers' separation. Reserve of possibility.

INTRODUÇÃO

Na elaboração deste trabalho, objetiva-se avaliar a seguinte questão: O ativismo judicial promoveria a democracia, em concretização dos direitos fundamentais sociais – saúde e educação, ou propiciaria uma ditadura do Poder Judiciário, cujos integrantes são despojados de legitimidade democrática?

No desvelar desta investigação, verifica-se que a resposta deságua num oceano de fundamentos e argumentações que justificam e até mesmo impõem a adoção de um ativismo judicial, porém, orientado por princípios, que garantem a chancela da cidadania e dos direitos fundamentais sociais, de cunho prestacionais, especialmente a saúde e a educação.

Quanto aos possíveis riscos resultantes dos “excessos ou carências jurisdicionais”, deve-se encontrar sua equação no equilíbrio advindo da moderna hermenêutica e da argumentação. Como pontifica DWORKIN:

“Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei, deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.⁴”

Com o escopo de evitar a frustração das expectativas democráticas e insistir, para tanto, na consagração do reino da justiça pela real efetividade dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional Brasileira destaca-se pela sua forma pragmática de julgar os casos que envolvem a prestação estatal como pressuposto à concretude dos direitos à educação e saúde, visando a estabelecer uma sociedade onde imperem a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a felicidade, valores consagrados na Carta Compromissória de 1988.

⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 231.

Num país como o Brasil, mergulhado num oceano de incertezas e profundos dramas sociopolíticos e culturais que conclamam por medidas urgentes, efetivas e pontuais acentuam-se problemas como: miséria moral; desigualdade social, pobreza pandêmica, confusão e desvirtuamento das relações público/privadas, desmantelamento das entidades familiares, dentre outras.

Sem embargo, é cediço que ativismo judicial tem suas raízes na jurisprudência norte-americana, traduzindo, em linhas gerais, uma interpretação proativa e progressista do Ideário Constitucional, a fim de redimensionar o seu real sentido e seu verdadeiro alcance, atribuindo-lhe Força Normativa. Via de regra, é utilizado pelo Judiciário em casos de inércia dos legisladores, o que acaba por acirrar uma crise entre a classe política e a sociedade civil, fato que, historicamente tem impedido a solução efetiva dos principais reclamos sociais.

No Brasil, o Judiciário brasileiro tem adotado decisões similares ao ativismo progressista norte-americano. Como exemplo, o STF, invocando o preceito democrático no território das políticas públicas, tem determinado a distribuição de medicamentos, a concessão de terapias e tratamentos experimentais, até mesmo no exterior, posturas proativas e revolucionárias que possibilitam o efetivo acesso à Justiça como princípio constitucional.

Porém, diante desse novo cenário, torna-se instigante pensar e avaliar se o Ativismo Judicial promoveria a democracia, efetivando a consecução dos direitos fundamentais, ou favoreceria o surgimento de uma casta suprema de juízes, cuja decisão se poria acima das escolhas constitucionais.

ATIVISMO JUDICIAL: DIREITOS ADICIONADOS PELO JUDICIÁRIO?

Principalmente a partir da última década, juízes e Tribunais vêm deixando de lado uma postura meramente técnica no prestar da jurisdição para assumirem uma função política, dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado democrático.

Tal fenômeno, no entanto, é apontado como nocivo, em prejuízo da participação democrática da sociedade, considerando que os membros do Poder

Judiciário não são legitimados pelo sufrágio, haja vista que lhes faltaria a necessária legitimidade para decidir sobre o mérito de políticas públicas e leis formais produzidas pelo Legislativo. O ativismo é alvo de severas críticas, sob o pretexto de conferir ao julgador poder que ele não detém.

Nas palavras de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

“(...) Sem entrar no mérito de ser ou não natural a relação diferente entre um homem e uma mulher daquela entre pessoas do mesmo sexo, quero realçar um ponto que me parece relevante e não tem sido destacado pela imprensa, preocupada em aplaudir a “coragem” do Poder Judiciário de legislar no lugar do “Congresso Nacional”, que se teria omitido em “aprovar” os projetos sobre a questão aqui tratada. A questão que me preocupa é esse Ativismo Judicial, que leva a permitir que um tribunal eleito por uma só pessoa substitua o Congresso Nacional, eleito por 130 milhões de brasileiros, sob a alegação de que, além de Poder Judiciário, é também Poder Legislativo, sempre que considerar que o Legislativo deixou de cumprir as suas funções. Uma democracia em que a tripartição de Poderes não se faça nítida (...) corre o risco de se tornar uma ditadura, caso o Judiciário, dilacerando a Constituição, se atribua o poder de invadir as funções de outro. (...) Ora, no caso em questão, a Suprema Corte incinerou o parágrafo 2º do artigo 103, ao colocar sob sua égide um tipo de união não previsto na Constituição, como se Poder legislativo fosse, deixando de ser “guardião” do Texto Supremo para se transformar em “constituente derivado”. Se o Congresso nacional tivesse coragem, poderia anular tal decisão, baseado no artigo 49, inciso IX, da Constituição federal (...). Num país em que os Poderes, todavia, são, de mais em mais, “politicamente corretos”, atendendo ao clamor da imprensa – que não representa necessariamente o clamor do povo –, nem o Congresso terá coragem de sustar a invasão de seus poderes pelo STF, nem o Supremo deixará, nesta sua nova visão de que é o principal Poder da República, de legislar e definir ações do Executivo, sob a alegação de que oferta uma interpretação “conforme a Constituição”. Ao meu ver, desconforme⁵:”.

Por seu turno, pondera GUSTAVO BINENBOJM:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia⁶.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Lição do Conselho Constitucional da França, in *Jornal o Estado de São Paulo*. edição de 17 de maio de 2011. p. 2.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Da crise do Absolutismo, a partir da Renascença, fortemente difundida por toda a Europa durante o segundo quartel do Século XVII, espraia-se a noção de separação entre os poderes do Estado, podendo-se identificar as funções legislativa, administrativa e judiciária. Em verdade, a matriz surge por iniciativa de Aristóteles, identificada em sua célebre obra “A Política”⁷, onde se distinguia três poderes: Deliberante, Executivo e Judiciário.

Por seu turno, John Locke, no último quartel do Século XVII, desenvolve as concepções de Aristóteles. A essa altura, o poder político advindo do Estado não se origina de um fato natural, justificado na vontade divina ou no *jus sanguinis* dos monarcas. Estipula-se, uma convenção, um Contrato Social, que conforma o Poder Estatal na supremacia da lei e na separação entre os poderes Executivo e Legislativo, evitando que o responsável pela produção das normas seja o responsável pela sua aplicação.

É Montesquieu quem traça os contornos definitivos da separação dos poderes estatais na sua obra “*De l’esprit des lois*”, publicada em 1748 e citada pelo Ministro Eros Grau, do STF em julgamento da ADI 3.367-1/DF, sobre a constitucionalidade da instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

“(…) Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

⁷ Segundo Aristóteles, na organização do Estado há três partes: a assembleia dos cidadãos, que é o corpo deliberante, o verdadeiro soberano; a magistratura, que são os funcionários designados pela assembleia para desempenhar algumas funções e; o corpo judiciário. ARISTÓTELES. A Política. 1983. Rio de Janeiro, ed. Tecnoprint, livro III, cap. XI.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos⁸.”

Desde Locke e, também para Montesquieu, a necessidade de equilíbrio (freios e contrapesos) somente se dava entre Executivo e Legislativo. À margem disso, o Poder Judiciário estava relegado a um segundo plano, desprovido de conexão política com o Estado. O Judiciário consistia, apenas, na boca por onde se pronunciava a lei, não lhe cabendo a tarefa de interpretá-la:

“(…) Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”⁹

A exigência da separação dos poderes do Estado Moderno evidencia-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789, “*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”¹⁰.

A Teoria de Montesquieu foi difundida por toda a Europa Continental e chegou também aos Estados Unidos da América, servindo como base teórica para as Revoluções Francesa e Americana, respectivamente, as quais combateram o Absolutismo.

Mais que isso, a teoria da separação dos poderes (freios e contrapesos) acompanhou a onda constitucionalista que varreu a maioria das sociedades modernas, sendo adotada nas constituições da maioria dos países, na atualidade, tornando-se sinônimo de “Estado Democrático”. Incorporou-se a máxima de que a garantia de liberdade estaria ligada à divisão dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca desse assunto:

⁸ Revista Consultor Jurídico. ISSN nº 1809-2829. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-abr-14/leia_voto_eros_grau_julgamento_cnj>. Acesso em 15/04/2013.

⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

¹⁰ <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 15/04/2013.

Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado membro. I. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os “freios e contrapesos” admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. II. Consequente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da L. est. 11.075/98-RS (inc. IX do art. 2º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro grau do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça: medida cautelar deferida. (ADI 1905 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/1998, DJ 05-11-2004 PP-00005 EMENT VOL-02171-01 PP-00008 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 77-92).

Numa etapa inicial, dos poderes estatais, a função legislativa se sobressaía. A explicação residia no sistema inglês da época em que o Parlamento, assim como nos dias atuais, tinha um valor inigualável. Este sistema repousa, até hoje, na premissa da supremacia do Parlamento.

De outro modo, é importante ter em conta o fato da Inglaterra não dispor de uma Constituição escrita. Assim, sem que o Parlamento tendo em vista que o parlamento não resta envolto por forma que lhe confira rigidez, não há limites impostos à produção de leis na Inglaterra, o que lhe dá ampla liberdade para inovar na ordem jurídica.

A mudança desse eixo de estruturação que garante a preponderância do Poder Legislativo, somente começa a se alterar nos Estados Unidos quando o Poder Judiciário toma forma de verdadeiro poder, diante da instituição de um sistema federativo de governo.

Sem embargo, a partir da Presidência do Juiz John Marshall na Corte Suprema Norte-Americana, em 1803, é que se estabelece o respeito integral à Constituição, na qual se estampa a clara divisão de poderes, de modo a afastar os excessos do poder que faz a lei e do poder que a executa.

Por meio de uma paradigmática decisão da Suprema Corte Americana, foi admitido o poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis ao Judiciário na célebre decisão do juiz Marshall, no emblemático caso “*Marbury versus Madison*”¹¹, em que se deduziu que a Constituição era a base do direito e imutável por meios

¹¹ “In November 1800, President John Adams, a Federalist, lost his bid for reelection to Thomas Jefferson, a Republican. The Federalists also lost control of Congress in the election. For the few months before the new President and Congress took office, however, Adams and his Federalist Party still had control. During these months, Adams persuaded Congress to pass a new law, the Judiciary Act of 1801. This act

ordinários. De acordo com o julgamento, as leis comuns que contradissem a Constituição não eram verdadeiramente leis, padecendo de nulidade. Demonstrou também que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito no caso concreto, é a ele que competiria verificar a constitucionalidade de uma lei.

Transportando a discussão para a realidade brasileira, percebe-se a existência de um conceito clássico da Separação dos Poderes, inibindo a atuação do Judiciário no controle dos atos da Administração Pública e das leis produzidas em descompasso com a Constituição.

Para LUIS ROBERTO BARROSO, o princípio da separação de poderes não pode mais ser utilizado como dogma:

“No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade¹²”.

*gave Adams the power to appoint several new federal judges. The Federalists hoped to fill the nation's courts with people who would be opposed to the policies of the incoming Republican administration. Adams was generally successful in this effort, appointing some 39 new judges. Adams's Secretary of State was to deliver the commissions, or official documents authorizing the appointments. The Secretary of State, though, failed to deliver the commissions to three new justices of the peace before Adams's term of office ended. One of the commissions was to go to William Marbury. When Thomas Jefferson became President in March 1801, he learned of Adams's attempt to pack the court with Federalist judges. He also discovered the failure to deliver the remaining commissions. To prevent these Federalists from becoming justices of the peace, Jefferson instructed his Secretary of State, James Madison, to refuse the appointments. Marbury went to the Supreme Court in an attempt to gain his post. He wanted the Court to issue an order forcing Madison to give Marbury his commission. The Judiciary Act of 1789 had given the Supreme Court the power to issue such an order. In a unanimous decision, written by Justice Marshall, the Court stated that Marbury, indeed, had a right to his commission. But, more importantly, the Judiciary Act of 1789 was unconstitutional. In Marshall's opinion, Congress could not give the Supreme Court the power to issue an order granting Marbury his commission. Only the Constitution could, and the document said nothing about the Supreme Court having the power to issue such an order. Thus, the Supreme Court could not force Jefferson and Madison to appoint Marbury, because it did not have the power to do so. While Marbury never became a justice of the peace, the Court's ruling in Marbury v. Madison established a very important precedent. A precedent is a legal decision that serves as an example in later court cases. Chief Justice Marshall's ruling interpreted the Constitution to mean that the Supreme Court had the power of judicial review. That is, the Court had the right to review acts of Congress and, by extension, actions of the President. If the Court found that a law was unconstitutional, it could overrule the law. **Marshall argued that the Constitution is the “supreme law of the land” and that the Supreme Court has the final say over the meaning of the Constitution. He wrote, “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”.** Disponível em < <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar20.html>>. Acesso em 16/04/13.*

¹² BARROSO, Luís Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13898-13899-1-PB.htm>>. Acesso em: 15/04/13.

Entretanto, paulatinamente, no Brasil do Século XXI, percebe-se uma alteração dessa realidade, na medida em que o Supremo Tribunal Federal (STF) é chamado a se pronunciar em torno dos chamados “*hard cases*”¹³, dotados de grande clamor popular.

A multiplicidade de novas e complexas relações sociais¹⁴ colabora para a perda da regulamentação jurídica pelo Estado, levando-o a recorrer à negociação entre as estruturas de poder para buscar o consenso. Aluda-se que, mesmo na produção das leis, os grandes grupos econômicos passaram a exercer importante influência.

Sobre a atuação estratégica confiada ao Judiciário pelo Sistema de Freios e Contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno, LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵ aduz que:

“A Supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebidos pelo constitucionalismo moderno como forma de conter o poder. É que, através da conjugação desses dois mecanismos, retira-se do jogo político do dia a dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da constituição”.

Os julgadores, a partir disso, se deparam com questões que tendem a impulsionar a sociedade e levar ao avanço na busca do bem comum e na efetivação dos Direitos Fundamentais.

¹³ *Ronald Dworkin's account of the rule of law as the rule of liberal principles is the most recent in a long line of distinguished attempts to loosen positivism's grip on legal theory. Its power is evidenced by the fact that positivists have found themselves forced to concede that the rule of law is not just the rule of rules, since it is also the rule of principles. As Dworkin argues, such principles play a central role in judicial decision of "hard cases," cases where there is reasonable disagreement about what the law requires. The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle. David Dyzenhaus. Disponível em http://www.law.utoronto.ca/documents/Dyzenhaus/rule_law_as_rule_liberal_principle.pdf. Acesso em 15/04/2013.*

¹⁴ “(...) Ao invés de limitar a fundamentação de suas teses aos clássicos da sociologia, Luhmann utilizou conceitos oriundos de outras áreas, como a biologia, e de tecnologias inovadoras, como a cibernética e a neurofisiologia. Para ele, os tradicionais conceitos da sociologia foram fundamentais para o Iluminismo, pertencendo atualmente ao que chamou de “velho pensamento europeu”, mas não conseguem resolver os problemas da sociedade contemporânea. Seria necessário, portanto, um “iluminismo do iluminismo”, com novos conceitos adequados à complexidade da sociedade moderna”. In, “A Teoria dos Sistema de Niklas Luhmann”. Disponível em <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em 15/04/13.

¹⁵ Jurisdição Constitucional Brasileira: O Papel dos Princípios Constitucionais na Construção do Direito pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/revistacontrole/Controle_2011_1/20_Isabella.pdf>

A sindicabilidade judicial de políticas públicas.

Admitida a possibilidade de controle das leis e dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, passou-se a debater os limites da sua atuação.

Na concepção de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para os atos do Executivo, vinculados à prévia autorização legal, não existiria restrição quanto ao controle judicial: *“(...) com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”*.¹⁶

De outra sorte, casos há em que não é possível prever antecipadamente a solução, deixando ao administrador certa margem de liberdade, diante da qual deve ele preencher com seu próprio juízo o campo de indeterminação normativa, a fim de alcançar as finalidades legais.

Por sua vez, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, admite o controle judicial, até mesmo, dos atos discricionários da Administração Pública:

“(...) Ponha-se reparo e sublinhadamente que em quaisquer das hipóteses aventadas — a serem logo esclarecidas — tal liberdade (da Administração) é sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo Judiciário, que deverá confiná-la em seus adequados redutos. ¹⁷”

A posição de ODETE MEDAUAR¹⁸ é idêntica, salientando, entretanto, que a possibilidade de sindicabilidade judicial sobre a atividade da Administração Pública deve ter limite:

“Hoje no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites.”

HELY LOPES MEIRELLESjá ensinava que:

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003. p.431-432.

“(...) a só invocação da natureza política do ato não é suficiente para retirá-lo da apreciação judiciária. Necessário é que, em sendo um ato com fundamento político, não se tenha excedido dos limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que o praticou.”¹⁹

ARRUDA ALVIM²⁰ enfrentou o problema elegendo como pressuposto do ato discricionário o que chamou de “a causa do ato” (relação de compatibilidade dos fatos ocorridos com aqueles descritos na norma), sendo relevante também a finalidade pública e o conteúdo lícito do ato. Identifica o que sabemos: o problema está em distinguir a fronteira entre atividade administrativa e controle judicial. Todavia, ressaltou que a margem de liberdade, ou melhor, de discricionariedade é do administrador, e não do julgador. A este cabe verificar se o administrador agiu dentro da esfera correspondente à liberdade; se o fez, não há possibilidade de modificação do ato. O fundamento para não intervir estaria justamente no princípio da harmonia e da separação dos poderes constituídos na Constituição da República de 1988. Assim, ao juiz seria vedado sobrepor o seu critério ao do administrador.

Quando a atividade discricionária abrange conceitos jurídicos lacunosos, GERMANA DE MORAES²¹, esposa a tese de que “(...) atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos de prognose, é suscetível de revisão judicial (...)”. E continua, argumentando que a revisão judicial nem sempre será ilimitada, mas certamente caberá ao Judiciário “(...) a avaliação da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato.”²²

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO esclarece que se submete à sindicabilidade do Poder Judiciário não é a discricionariedade, mas o resultado do seu exercício, na parte que extrapolou das fronteiras traçadas pela norma cogente; pelos comandos constitucionais e pela proporcionalidade e razoabilidade da medida. Nesse passo, quando do exame, faz-se necessário separar o que é legalidade e o que é mérito; é preciso analisar os motivos do ato para saber se o administrador excedeu no

¹⁹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 608.

²⁰ ALVIM, Arruda. “A discricionariedade administrativa e o controle judicial”. In: SUNDFELD, Carlos Ari & BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227-237.

²¹ MORAES. Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 192-193.

²² MORAES. Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 193.

juízo de oportunidade, e analisar o objeto do ato para saber se extrapolou no juízo de conveniência.

Lança-se mão de matizes principiológicas da primazia da realidade; da proporcionalidade e da razoabilidade para averiguar se houve excessos por parte da Administração Pública²³.

Contudo, DANIEL SARMENTO pondera a possibilidade do Poder Judiciário influir na execução de políticas públicas estabelecidas pela Administração, inclusive quanto à concretização de direitos constitucionais sociais da saúde e educação, sob o argumento de proteger as deliberações representativas da vontade geral da maioria:

“(…) Mas em outros campos, pode ser recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do direito – como Economia, políticas públicas e regulação²⁴”.

Para FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA²⁵, o conceito clássico de discricionariedade deve sofrer uma releitura pelos intérpretes do direito, apoiando-se sobre o princípio da razoabilidade:

“(…) o princípio da razoabilidade redefine o conceito de discricionariedade, limitando-o, estreitando-o, condicionando-o. (...) entendemos, genericamente, a discricionariedade jurídica como o juízo ponderativo que, conformado (limitado e condicionado) pelos princípios e regras de Direito, é capaz de eleger, com segurança, um ato dentre dois ou mais igualmente razoáveis, em proveito da lógica formal e material entre motivo, meio e fim, quando há univocidade axiológica. Desta feita, só há discricionariedade quando há escolha entre alternativas razoáveis, isto é, entre alternativas lícitas (possíveis). Defendemos que nem mesmo nos casos difíceis, ou seja, naqueles que envolvem ponderação de princípios é certo existir discricionariedade. Só há juízo discricionário, insista-se, quando existe dúvida: no sentido de mais de uma opção cabível. Por outros termos: há juízo discricionário quando não há apenas uma única resposta certa. Nestas hipóteses, que não são tão comuns quanto alguns imaginam (muito pelo contrário, a opção feita atende o princípio da razoabilidade, o qual delimitou a margem dentro da qual é viável a eleição”.

²³ Diogo de Figueiredo Moreira Netto, *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 49.

²⁴ SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil”, in *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho* (organizado por George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38-39.

²⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. “Por uma teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade. Rio de Janeiro, 2003, p. 127-128.

Limites à atuação do Poder do Judiciário: a reserva do possível

Na medida em que a concretização da maioria dos direitos constitucionais sociais, inclusive os direitos à saúde e à educação, demandam uma prestação efetiva estatal, atrelada a custos não previstos no orçamento público, desenvolveu-se, na Alemanha, a teoria da “reserva do possível”, posteriormente importada para o Direito Pátrio.

Pela “reserva do possível”, a efetividade dos direitos sociais constitucionais, no que tange às prestações de ordem material, se submeteria à reserva das capacidades financeiras estatais, ou seja, dependeria da discricionariedade dos Administradores Públicos e dos parlamentares, no ato da elaboração orçamentária.

Na prática, a “reserva do possível” condicionaria a jurisdição constitucional quanto aos direitos sociais vinculados a alguma prestação do Estado Administração que envolva custeio por parte dos cofres públicos, ao argumento que o Judiciário não estaria apto a realizar escolhas sobre as políticas públicas, faltando-lhe legitimidade pautada na carga democrática transferida aos administradores públicos e membros do parlamento, no exercício do sufrágio.

Menciona RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA *“A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas²⁶”*.

Por sua vez assevera RICARDO LOBO TORRES, que *“(...) o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário (...)²⁷”*.

²⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

Comungando de posição diametralmente oposta, INGO WOLFGANG SARLET sustenta que, *“No Brasil, como outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos²⁸”*.

Na prática, a “reserva do possível” condicionaria a jurisdição constitucional quanto aos direitos sociais vinculados a alguma prestação do Estado Administração que envolva custeio por parte dos cofres públicos.

A crítica que se faz a essa teoria importada de outra realidade social consiste no fato de que os mandados de otimização ponderados pelo legislador constituinte, no tocante a áreas sociais sensíveis – saúde e educação - ficariam relegados à condição de subdireitos.

Para FELIPE DE MELO FONTE,

“(...) impõe-se reconhecer inicialmente que há certo descompasso entre o que foi afirmado pelo Tribunal Constitucional e pela doutrina alemã, e o que dizem os julgados proferidos no Brasil. A importação acrítica de teoria elaborada em outro contexto acabou por gerar um argumento genérico em defesa da prestação deficiente de bens e serviços públicos ou mesmo da total omissão estatal. 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, e de que os direitos sociais não são prima facie exigíveis dos órgãos públicos. Embora não pareça ser possível resumir a questão à simplicidade da fórmula apresentada, a teoria alemã não diz respeito à disponibilidade financeira, mas sim a um problema democrático. (...) 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 (reserva de cofres cheios). Assim, a reserva do possível convolou-se em instrumento de defesa da ampla discricionariedade administrativa em matéria orçamentária, em contraposição à efetividade dos direitos fundamentais²⁹”.

No mesmo sentido se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgado que, a seguir, colacionamos:

“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

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

²⁹ FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Editora Saraiva. São Paulo. p. 133/134.

pode ser do administrador público, por ser eminentemente opção política, ato de governo, 'ato de criação'"³⁰.

Em verdade, a abundância de recursos do erário público (o que, via de regra, não ocorre), vale dizer, "cofres cheios" do Estado como pressuposto à realização de direitos sociais fundamentais representa reduzir a sua eficácia "a zero", submetendo a sua concretização a vontades políticas conjecturais, em assuntos que clamam por decisões naturalmente contramajoritárias³¹.

Ademais, é de bom alvitre observar que a aplicação da teoria alemã da "reserva do possível" em solo brasileiro, já foi ponderada pelo próprio legislador originário constituinte, como deflui do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República de 1988: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Por assim dizer, INGO WOLFGANG SARLET aduz que "*cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva de recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como a eficiente aplicação dos mesmos*"³².

O STF E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO: ADPF 45-9/DF

A partir do já exposto, poder-se-ia concluir, então, que a teoria da reserva do possível não poderia ser aplicada como obstáculo à efetividade dos direitos constitucionais sociais, revestidos de fundamentalidade, cuja realização traduziria a própria expressão da democracia.

Evidentemente, a resposta é negativa, haja vista que, por mais providente e atuante que fosse o Estado ou mais tributos se recolhesse, se esbarraria em questões de ordem prática, pois até que ponto, por exemplo, o Direito a Saúde e Educação deveria ser eficaz?

³⁰ TJRJ, Apelação Cível n. 2005.001.16264, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, DJ 26-9-2005.

³¹ "(...) Dworkin propõe um modelo de democracia constitucional em oposição à democracia majoritária, baseando-se, justamente, em determinados direitos que, por uma questão de princípio, devem ser assegurados às pessoas, com prevalência sobre as políticas públicas decididas pelas maiorias eleitorais. Uma teoria da democracia pressupõe, assim uma teoria dos direitos fundamentais do homem, que funcionem como trunfo contra maiorias irresponsáveis, mas, ao mesmo tempo, como princípios deontológicos inerentes à própria noção de regime democrático". BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 105-106.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 31.

Acaso as técnicas médicas; equipamentos; instalações, professores renomados e livros deveriam ser fornecidos de forma desmensurada à população, certamente, os recursos públicos não satisfariam os anseios sociais.

Nesse passo, veio a lume o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 - MC/DF, pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, que muito contribui para a consolidação de uma jurisprudência na Corte Constitucional Brasileira, tendente a prestigiar a efetividade dos direitos sociais, em ponderação à teoria da reserva do possível, mediante a construção do chamado “mínimo existencial”.

Sem embargo, a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, baseado nesta ADPF, ilustra votos de outros Ministros, como o do Ministro Eros Grau (RE 482741/SC) e o da Ministra Ellen Gracie (RE 482751/SC e RE 513465/SC).

No julgamento desta ADPF 45-MC/DF, extrai-se a seguinte ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” (ADPF 45 MC, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004. Informativo n. 345-STF).

Em suma, a ação questionava o veto do presidente da República, aposto ao § 2º do art. 553 da Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual de 2004. Tal veto teria descumprido a EC n. 29/2000 que garante recursos mínimos para o sistema de saúde, ou seja, com este veto ficaria afastada a obrigação constitucional de estabelecer percentuais mínimos para os gastos com a saúde.

No que se refere à análise da decisão, o Ministro Celso de Mello justifica, que se deve considerar o contexto em exame que qualifica a ação constitucional em referência como:

“(...) instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000),

venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”.

A decisão fundamenta, não obstante, que a atuação do STF em casos que necessitam tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, não apenas viola a Constituição por ação estatal, mas também por inércia governamental.

Para o Ministro Celso de Mello, os chamados direitos de segunda geração são direitos fundamentais e, portanto, devem ser efetivados.

Isso implica uma atuação positiva do Estado a fim de torná-los “efetivos, operantes e exequíveis”, pois caso este se abstenha “de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional”.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

“A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Ministro. Celso de Mello, Pleno).

A seguir, a decisão deixa claro que a realização dos direitos de segunda geração se caracteriza pela gradualidade no processo de concretização e depende do vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Nos casos em que for comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

No entanto, ele pondera que não será lícito ao poder público manipular sua atividade financeira e/ou político-administrativa para inserir obstáculos artificiais no intuito 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”*, ou seja, não acolhe esse argumento.

Cumprido 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 de fundamentalidade.

No bojo da decisão, estabelece-se um critério para se averiguar o cabimento da reserva do possível, baseado no binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado.

Caso ambos forem afirmativos e cumulativos, configura obrigação do Estado em efetivar o direito demandado, de outra forma, descaracteriza-se a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Acerca da formulação e implementação das políticas públicas, este julgamento paradigmático estabelece critérios sobre a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle destas políticas.

Embora reconheça a excepcionalidade desta atuação, mostra os casos em que ela deva ocorrer, desconstruindo os obstáculos postos à atuação do Judiciário frente à implementação de direitos sociais que envolvam uma prestação estatal, a exemplo dos direitos à saúde e educação:

“(...) 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 (...), 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.

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”. (grifo nosso).

A partir desse julgamento, percebe-se que Poder Judiciário deve atuar toda vez que a inércia ou “abusivo comportamento estatal” comprometer a eficácia dos direitos sociais e, assim, o mínimo existencial.

Mais que isso, assentou-se que a não realização destes direitos, revestidos de fundamentalidade, somente se justifica se preponderar a cláusula da reserva do possível, em que haja justo motivo objetivamente aferível.

Sugere, sem embargo, o uso do binômio “razoabilidade da pretensão”, somado à disponibilidade financeira do Estado como critério para se averiguar, no caso concreto, a preponderância ou não da reserva do possível.

Por fim, sugere que o então definido “mínimo existencial”³³ deve ser alvo prioritário dos gastos públicos e somente depois de ser alcançado é que se comportaria discussão acerca de quais projetos deveriam ser realizados com os recursos públicos remanescentes.

CONCLUSÃO

Do quanto exposto, percebe-se uma clara tendência jurisprudencial à aceitação de que as políticas públicas essenciais podem ser conceituadas como aquelas destinadas à concretização do mínimo existencial.

Em verdade, como já estabeleceu o STF, a exigibilidade de um mínimo é um consenso na filosofia moral, além de poder ser extraído da zona de certeza positiva quanto ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

³³ “Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos”. In “Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”.

Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em 16/04/13.

Por ser assim, a sua concretização não pode estar inteiramente sujeita aos desígnios do processo político, sob pena de se negar concretude dos direitos fundamentais essenciais à vida e à existência digna.

Portanto, a fixação do quadro relativo à intensidade de aplicação do mínimo existencial ao apreciar os casos de difícil solução, por assim dizer, deve ficar a cargo do julgador, de acordo com as nuances do caso concreto.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lição do Conselho Constitucional da França*. In *Jornal o Estado de São Paulo*. Edição de 17 de maio de 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARISTÓTELES. *A Política*. 1983. Rio de Janeiro, ed. Tecnoprint, livro III, cap. XI.

¹ Revista Consultor Jurídico. ISSN nº 1809-2829. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-abr-14/leia_voto_eros_grau_julgamento_cnj>. Acesso em 15/04/2013.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 15/04/2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13898-13899-1-PB.htm>>. Acesso em: 15/04/13.

David Dyzenhaus. Disponível em http://www.law.utoronto.ca/documents/Dyzenhaus/rule_law_as_rule_liberal_principle.pdf. Acesso em 15/04/2013.

“A Teoria dos Sistema de Niklas Luhmann”. Disponível em <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em 15/04/13.

Jurisdição Constitucional Brasileira: O Papel dos Princípios Constitucionais na Construção do Direito pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.tce.ce.gov.br/revistacontrole/Controle_2011_1/20_Isabella.pdf

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

ALVIM, Arruda. “A discricionariedade administrativa e o controle judicial”. In: SUNDFELD, Carlos Ari & BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES. Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*, in *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho* (organizado por George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. Editora Saraiva. São Paulo.

Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial". Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em 16/04/13.