

# **A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – UMA ANÁLISE À LUZ DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

A PUBLIC POLICY JUDICIALIZATION - AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE EXISTENTIAL MINIMUM

---

**Ana Carolina MARQUES<sup>1</sup>**

## **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar a interferência do judiciário na implementação de políticas públicas que visam a efetivar direitos fundamentais. Apesar de a escolha de políticas públicas ser de atribuição do executivo, por meio de um juízo de conveniência e oportunidade, que leva em conta as necessidades prioritárias da população e os recursos orçamentários, o judiciário, entre suas atribuições constitucionais, tem o dever de proteger os direitos fundamentais tanto no aspecto negativo (não violação) quanto no aspecto positivo (efetiva prestação). Ademais, a sociedade brasileira, a qual se mostra seriamente debilitada, uma vez que, de um lado, tem-se o patente déficit das políticas públicas na concretização de direitos básicos (como saúde, educação fundamental, moradia etc), e, de outro, um

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Franca.

orçamento fartamente comprometido com os gastos públicos, busca cada vez mais a justiciabilidade desses mesmos direitos. É com base nisso, portanto, que este artigo defende a efetivação dos direitos sociais fundamentais que compõem o mínimo existencial, o qual, aqui, traduz-se nas condições mínimas de existência humana digna, insuscetíveis de restrição por parte do poder público.

**Palavras-chave:** Judicialização. Políticas públicas. Controle judicial. Mínimo existencial.

## ABSTRACT

### THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES - AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE EXISTENTIAL MINIMUM

The objective of this article is to analyze the interference of the judiciary in the implementation of public policies aimed at implementing fundamental rights. Although the choice of public policies is attributed to the executive, through a judgment of convenience and opportunity, which takes into account the priority needs of the population and budgetary resources, the judiciary, among its constitutional attributions, Has a duty to protect fundamental rights in both the negative (non-violation) and the positive (effective) aspects. In addition, Brazilian society, which is seriously weakened, since, on the one hand, there is the present deficit of public policies in the realization of basic rights (such as health, basic education, housing, etc.) On the other, a budget heavily committed to public spending, increasingly seeks the justiciability of those same rights. It is on the basis of this, therefore, that this article defends the realization of the fundamental social rights that make up the existential minimum, which, here, is translated into the minimum conditions of human dignity worthy, which can not be restrained by the public power.

**Keywords:** Judiciary. Public policy. Judicial control. Existential minimum.

## 1 DO CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas estão sob o manto das normas de caráter programático, as quais vêm estatuídas na forma de *conceitos de valor*, que

são irredutíveis a uma objetividade completa. À vista disso, além de toda interpretação possível, remanescerá sempre ao administrador alguma discricionariedade em sua escolha diante da situação fática, razão pela qual se torna manifesta a presença da discricionariedade administrativa nesse campo.

Adentrando ao conceito propriamente dito, Maria Paula Dallari Bucci define as políticas públicas como sendo:

O programa de **ação governamental** que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, **expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução** e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>2</sup>

Delimitar o conceito jurídico de políticas públicas não é tarefa fácil, mormente quando se tem, na experiência fática, nítida discrepância entre o “dever-ser” e o “ser” do termo, diante da realidade social em que está inserido. A despeito disso, pode-se afirmar que o núcleo das políticas públicas reside no interesse público, o qual direcionará a linha de suas elaborações e execuções pelos poderes estatais.<sup>3</sup>

Claro, portanto, que as políticas públicas pressupõem ações do governo que visem à concretização de direitos fundamentais, cujos princípios, limites e prioridades mínimas se encontram no próprio ordenamento constitucional. Não obstante a possibilidade de escolha atribuída ao agente público ser ampla, enxuto é o número de situações nas quais o investimento

---

<sup>2</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. 1. ed. Saraiva, 2006, p. 39. (grifo nosso).

<sup>3</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Salvador: UFBA, 2010, p. 102.

tem finalidade vinculada, como são os casos da saúde e educação. É esse o motivo pelo qual a omissão estatal arbitrária na efetivação dos direitos fundamentais passou a ser um impasse tão presente no cenário do país, de modo a tornar legítima a intervenção judicial para coibir a dissonância entre a prioridade orçamentária adotada pelo governo em detrimento do custo dos direitos essenciais.

## 2 DA JUSTICIABILIDADE VERSUS EXIBILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O motivo que nos leva a falar em justiciabilidade e não em exigibilidade é que, a despeito de as duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, a justiciabilidade seria espécie da qual a exigibilidade é gênero. Assim, ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas maneiras, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade em juízo.<sup>4</sup>

Designar-se-á, portanto, como justiciabilidade, uma vez que reconhecida como essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais.

Assim, o conteúdo jurídico do mínimo existencial (entendido como os direitos à alimentação, à saúde, à moradia) gira em torno da justiciabilidade do direito contra o poder público e depende das circunstâncias fáticas e jurídicas. Com isso, por exemplo, uma pessoa de classe média, em situação de normalidade, não pode exigir as prestações estatais, como alimentação e moradia, arguindo que são direitos fundamentais mínimos. Disso decorre a conclusão de que o mínimo existencial será determinado em cada caso concreto, após um processo de ponderação das condições jurídicas e fáticas existentes, e, somente assim, consubstanciará um comando definitivo obrigatório.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, abr./jun. 2009, p. 52.

<sup>5</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Salvador: UFBA, 2010, p. 60 e 62.

Há situações, entretanto, nas quais o poder público alega, conforme apontado alhures, a insuficiência de recursos (reserva do possível) para o não atendimento dos direitos quando reclamados judicialmente. Sucede que, se o caso específico exigir a proteção de direitos fundamentais mínimos, para que a pessoa viva dignamente, os mesmos devem obrigatoriamente ser implementados por meio de políticas orçamentária e pública.

Importa alinhavar que a complexidade do debate não reside nos casos extremos, mas sim nas zonas cinzentas que surgem no dia-a-dia. Ou seja, em casos nos quais o controle judicial é feito sobre os atos discricionários em que há flagrante desvio de finalidade ou violação ao princípio da legalidade não há grandes divergências. A controvérsia surge quando o ato, conquanto formalmente legal, viola uma norma constitucional, notadamente se essa norma for tida como programática ou dispuser sobre direitos prestacionais.<sup>6</sup>

Assim, em razão de os direitos fundamentais se apoiarem na programaticidade constitucional, conduzir-nos-ia a não retirar nenhuma justiciabilidade imediata dessas normas, sob o pretexto de que são previstos em normas de baixa densidade normativa, logo, dependeriam da atuação do legislador, a fim de lhes conferir eficácia plena.

Evidente que referida justificativa não merece prosperar. Como bem afirma Canotilho apud Liana Cime Lins<sup>7</sup>, as normas constitucionais programáticas – sejam elas princípios constitucionais impositivos, regras determinadoras de fins e tarefas estatais ou regras constitucionais impositivas (apresentadas em ordem crescente de densidade normativa) – “valem como lei”, pois “o direito constitucional é direito positivo” e porque o ordenamento constitucional utiliza termos e meios do direito para instrumentalizar o governo, garantir os direitos fundamentais e individualizar fins e tarefas. Por essa razão, pode-se dizer que seu valor jurídico de modo algum é menor que o do *ius cogens* vigente.

---

<sup>6</sup> FERNANDES, Sérgio Bueno Cabral. **O “papel” do judiciário no “drama” da implementação das políticas públicas.** Boletim Científico ESMPU: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 20/21, jul./dez. 2006, p. 125.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* 2ª ed. Editora Coimbra, 2001, p. 1101 e ss, in: LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos sociais.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, abr./jun. 2009, p. 53.

Sérgio Bueno Cabral Fernandes, com um exemplo hipotético, mas não fora da realidade, ilustra bem a situação acima referida. Tome-se uma pequena cidade do interior na qual não haja escola de ensino médio. O prefeito, em razão de uma “folga no caixa” da prefeitura, decide fazer uma obra pública visando à melhoria da cidade. Para tanto, reúne seu secretariado e, dentro das sugestões apresentadas, valendo-se de seu poder discricionário, opta por encomendar a um renomado artista plástico uma bela e cara estátua de bronze do fundador da cidade para ser colocada na praça municipal. Ocorre que entre as opções sugeridas pela assessoria do prefeito estava também a construção de uma escola para atender os jovens que desejassem cursar o ensino médio, visto que a cidade só contava com uma escola de ensino fundamental. O valor entre as duas obras era equivalente, de maneira que a construção da escola seria financeiramente viável. Supondo que o prefeito já esteja gastando o mínimo legal com educação e considerando, ainda, que a contratação da obra tenha ocorrido dentro da lei e que não tenha havido desvio de finalidade, questiona-se: estaria o ato discricionário do prefeito fora do controle judicial?<sup>8</sup>

Ora, a despeito de o constituinte não ter dado ao ensino médio o mesmo tratamento dado ao ensino fundamental, uma vez que em relação a este é prevista a sua obrigatoriedade ao passo que em relação àquele é previsto apenas a garantia estatal de sua “progressiva universalização” (CF/88, § 1º, inciso II), não impede que, diante da situação fática, o juiz avalie a compatibilidade da opção com o ordenamento constitucional e, consequentemente, com o interesse público.

Sob essa perspectiva, ao optar por construir uma estátua de bronze quando poderia, com a mesma verba, construir uma escola, está o prefeito cumprindo o dever de promover a “progressiva universalização do ensino médio gratuito”? Seria razoável gastar dinheiro público com uma obra de embelezamento quando há direitos sociais ainda carentes de concretização? Patente, assim, que a escolha do administrador não encontra respaldo no interesse público e carece de razoabilidade, porquanto o direito à educação, sequer plenamente concretizado, deve preceder ao aformoseamento da praça municipal. Fato é, afinal, que a lei permite que o prefeito

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ª ed. Editora Coimbra, 2001, p. 1101 e ss, in: LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, abr./jun. 2009, p. 126.

realize a obra, entretanto, o direito exige que, antes disso, ele construa a escola.

De mais a mais, além da programaticidade das normas de direito fundamental, a cláusula da reserva do possível nada mais é do que a indicação da necessidade de sopesamento do mínimo existencial, cuja eficácia vinculante denota sua exigibilidade (aqui entendida como justiciabilidade, porquanto submetida à apreciação jurisdicional) *prima facie*, nos dizeres de Robert Alexy<sup>9</sup>:

Fica claro que o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático<sup>10</sup>, quando o tribunal afirma que o direito, “em sua validade normativa, não [pode] depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização”. Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a “reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” – não pode levar a um esvaziamento do direito. **Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.**

Nesse quadrante, doutrina e jurisprudência têm admitido a atuação dos juízes como coautores na implementação das políticas públicas, quando os demais poderes comprometem a eficácia e integridade dos fins estatais, conforme posicionamento do Relator Ministro Celso de Mello exarado nos autos da ADPF 45-9/DF em maio de 2004. *In verbis*:

É certo que não se incluir, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas

---

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 515. (grifo nosso).

<sup>10</sup> Consoante Luís Roberto Barroso (**O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120), “a concepção de norma programática como mera exortação moral destituída de normatividade foi historicamente ultrapassada”, razão pela qual ora se afirma que toda norma, mesmo programática, é vinculante e possui carga eficaz, restando analisar as condições de vinculação de cada norma específica.

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 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.** (grifo nosso).

A realidade brasileira mostra-se, afinal, seriamente contrastante: se, de um lado, temos o patente déficit das políticas públicas na concretização de direitos básicos (como saúde, educação fundamental, saneamento etc), de outro, há um orçamento fartamente comprometido com os gastos públicos, resultando em intensas discussões acerca da justiciabilidade de políticas públicas.

Tendo isso em mente, o necessário aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática dos recursos públicos (leia-se “destinação profícua”) e um correto ativismo judicial (com algumas ponderações a seguir demonstradas), com cautela e responsabilidade, deverão, indubitavelmente, ser pautados na efetivação dos direitos fundamentais positivos.

### 3 DO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Doutrina e jurisprudência, reiteradamente, expõem a existência de um núcleo de direitos fundamentais inafastável pelo poder público, uma vez que são indispensáveis para a garantia precípua da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, há um mínimo existencial a ser concretizado em toda e qualquer hipótese, cuja omissão seria inevitavelmente arbitrária e inconstitucional.

Mister mencionar os critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência a fim de estabelecer parâmetros ao controle judicial em matéria de políticas públicas, os quais são: (i) o mínimo existencial, ou seja, um núcleo de direitos fundamentais intangíveis que, por se relacionarem intimamente com o primado da dignidade humana, deveria, necessariamente, ser concedido pelo judiciário em caso de omissão administrativa; (ii) a razoabilidade, isto é, a análise da situação concreta para verificar se o administrador pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade; e (iii) a reserva do possível fática e jurídica: a primeira, estabelecendo que não é possível exigir uma prestação estatal positiva se não há, de fato, materialmente, dinheiro em caixa; a segunda, baseada na falta de previsão orçamentária, dentro do sistema vigente, para o gasto com este ou aquele direito.<sup>11</sup>

Malgrado a iniciativa seja meritória, a delimitação desse núcleo de direitos fundamentais que integram o mínimo existencial é complexa e gera diversos posicionamentos doutrinários.

Assim, Andreas J. Krell considera que “o referido 'padrão mínimo social' para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia [...]”.<sup>12</sup>

Já Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo observam que o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, na medida em que a garantia de sobrevivência física do homem não significa necessariamente a manutenção da vida em condições dignas, com qualidade. Ressaltam que é impossível estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que demanda uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e seu núcleo familiar. Contudo, esclarecem que é possível inventariar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam como

---

<sup>11</sup> JACOB, César Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, in: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 490.

<sup>12</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 63.

um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.<sup>13</sup>

Para Ricardo Lobo Torres, o direito às condições mínimas de existência humana digna, ainda que não tenha dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais, entre eles, o princípio da liberdade, já que sem o mínimo existencial cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e, por consequência, desaparecem as condições iniciais da liberdade. Segundo o autor,

a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas *condições para o exercício da liberdade* ou até na *liberdade para* ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (grifo do autor).<sup>14</sup>

É possível observar que há intrínseca relação, independente das definições de conteúdo, entre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana. É preciso alertar, contudo, que não se postula que a dignidade forme um núcleo duro do direito fundamental, mas que deve ser sopesada no momento da aferição do mínimo. Desde logo, impede recordar que dignidade da pessoa humana é um *topos* (lugar comum) que serve tão somente como ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente.<sup>15</sup>

Cediço que, em face da escassez dos recursos públicos, em contraponto às infinitas necessidades sociais, convém admitir a possibilidade

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

<sup>14</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 70, apud FLORES, Gisele Maria Dal Zot. **Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais**. Revista Justiça do Direito, v. 21, n. 1, 2007, p. 74/83.

<sup>15</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Salvador: UFBA, 2010, p. 59.

de relativização do direito (uma vez que não são absolutos<sup>16</sup>), para incluir o fator externo, mas indispensável, dos custos.<sup>17</sup>

#### 4 ORÇAMENTO PÚBLICO E LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos fundamentais sociais são direitos onerosos, que exigem disponibilidade de recursos financeiros. Não é demais lembrar, assim, que orçamento é o caminho pelo qual se permite a consecução das políticas públicas, as quais são essenciais à efetivação desses mesmos direitos.

A teoria da reserva do possível ganhou repercussão, na década de 70, quando utilizada pela corte constitucional alemã em célere decisão, conhecida como o caso *numerus clausus*, na qual a controvérsia girava em torno do número de vagas nas universidades públicas daquele país – acesso até então garantido por sua lei fundamental, mas que, à época, passava por limitações.

A corte constitucional entendeu que o direito à prestação positiva encontrava-se dependente da reserva do possível, de modo que a reclamação deveria corresponder ao que o indivíduo realmente poderia exigir da sociedade e, ainda, embora haja disponibilidade de recursos, se o governo já tivesse prestado o direito nos limites do razoável, não se pode mais falar em obrigação subsistente.

Concebe-se a teoria, em sua origem, relacionada à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização e não à existência de recursos materiais/financeiros suficientes para a efetivação dos direitos sociais.

---

<sup>16</sup> O próprio STF, ao julgar o HC 93250/MS, afirmou categoricamente que “na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos previstos no art. 5º da CF/88, e em tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa” (STF, HC 93250/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10/06/2008).

<sup>17</sup> FLORES, Rodrigo Gomes. Resenha da obra: **“O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4641, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38623>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

É frequente a utilização desta teoria quando o poder público não cumpre, de forma eficiente, a finalidade legal ou constitucional, não se desincumbindo do ônus de provar a falta de recursos públicos, sob a alegação de que não poderá ser compelido a dar efetividade aos direitos fundamentais caso haja indisponibilidade financeira para tanto.

Ora, inconcebível a banalização de referências estrangeiras sem lançar olhares sobre o contexto brasileiro, país periférico que é com suas vicissitudes e peculiaridades. A reserva do possível, por razões óbvias, não pode simplesmente ser transplantada para países onde não haja o mínimo de garantia social. Noutras palavras, se o nosso país não é capaz de prestar o direito nos limites do razoável, conforme enfoque na realidade alemã, tampouco poderá “contrabandear” argumentos da doutrina estrangeira para subsidiar o descumprimento de direitos essenciais.

O contraste entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos exerce importância ilustrativa nesse cenário. Evidentemente, pode-se afirmar que a prioridade de investimento em serviços sociais básicos, como serviços de saúde e educação fundamental, podem representar direitos sociais mínimos para países em desenvolvimento. Ao revés, para países desenvolvidos, que já concretizaram condições básicas de sobrevivência, referidos serviços não representam direito (aqui compreendido pela possibilidade de exigibilidade) ao mínimo existencial. Deveras, a análise e avaliação dos direitos sociais mínimos têm que ser sensíveis às diversas circunstâncias fáticas.<sup>18</sup>

Admitindo-se, entretanto, a limitação orçamentária como uma realidade a impedir a implementação das políticas públicas em nosso país, deverão os autores do processo buscar uma solução para tal deficiência, e a discussão não pode passar pela simples não concretização dos direitos. A discussão deve envolver, antes, eleição de prioridades<sup>19</sup>, desperdício de recursos públicos, sonegação fiscal, corrupção, incompetência

---

<sup>18</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Salvador: UFBA, 2010, p. 59

<sup>19</sup> Em que pese a carência de recursos para áreas essenciais como saúde, habitação e educação, somente a Prefeitura de Manaus gastou, nos últimos três anos, quase R\$ 200 milhões em publicidade. Dados obtidos em: <http://bncamazonas.com.br/2016/03/09/gestao-arthur-sem-obra-mas-com-muita-propaganda/>. Acesso em: 16 jun. 2016.

administrativa etc.<sup>20</sup> Ademais, o remanejamento de verbas previstas em categorias de menor prioridade (como as destinadas à propaganda institucional de governos), o uso da reserva de contingência (estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias) ou a abertura de créditos adicionais (a fim de que despesas não previstas ou insuficientemente dotadas sejam efetivadas) são opções que se mostram compatíveis para suprimir a carência de recursos (que talvez não se mostre tão limitada quanto divulgada).

Entender, portanto, que o judiciário deve ter papel ativo nesse processo (ativismo com parâmetros) e não de mero expectador, não significar defender, repita-se, a substituição da discricionariedade do administrador pela do juiz, mas sim de avaliar o ato diante dos preceitos constitucionais.

## 5 DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Verifica-se que, pós-guerra, as constituições modernas, como é o caso da brasileira, passaram a tratar os direitos fundamentais de forma mais extensa, como se pudessem, assim procedendo, evitar arbitrariedades como aquelas praticadas no passado bem próximo. Esse fenômeno foi denominado pela doutrina e jurisprudência de “judicialização da política”, haja vista que diversas questões, antes tidas como de políticas, encontram-se judicializadas e, pois, dentro da esfera de proteção judicial.<sup>21</sup>

Judicialização, assim, significa que algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: executivo e legislativo. Com isso, a judicialização envolve transferência de atribuição para juízes e tribunais, observadas as alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A despeito disso, entretanto, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas

---

<sup>20</sup> FERNANDES, Sérgio Bueno Cabral. **O “papel” do judiciário no “drama” da implementação das políticas públicas.** Boletim Científico ESMPU: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 20/21, jul./dez. 2006, p. 124.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da judicialização da política ao ativismo judicial: uma análise constitucional democrática do protagonismo judicial – em busca de uma legitimação da decisão jurídica.** Pouso Alegre: FDSM, 2013, p. 19.

situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.<sup>22</sup>

Com efeito, a judicialização não decorre de uma opção ideológica, mas sim do modelo constitucional que se adotou, limitando-se o STF, última instância, a cumprir, de modo estrito, o seu papel, isto é, decidir porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativas, o que não se confunde, contudo, com um ativismo judicial desmedido.

Indo adiante, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.<sup>23</sup>

Mister pontuar que o ativismo judicial ora considerado legítimo é o atuante contra as omissões dos demais poderes e não para suprimi-los. É sob esse argumento que o Ministro Celso de Mello proferiu discurso na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 2008, *in verbis*:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.  
(...)

---

<sup>22</sup> SCOTT, M. Noveck. Is judicial review compatible with democracy?. Cardozo Public Law & Ethics 6.401, 2008, p. 420, in: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2011, p. 14. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2011, p. 6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional**, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.<sup>24</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Registre-se, a título de conclusão, que, neste artigo, buscou-se compatibilizar o texto constitucional à realidade de um país carente e a possibilidade de conferir a maior efetividade possível das políticas públicas existentes.

O que ora se propõe é tão somente que as omissões e excessos arbitrários do administrador, quanto à preservação dos direitos sociais, precipuamente quando são negados acessos às condições materiais mínimas de existência sob o manto de decisões infundadas ou até mesmo de reiteradas argumentações que se baseiam na indisponibilidade de meios materiais, sejam rechaçados pelo judiciário, o qual deverá intervir ao ser provocado, determinando, se for o caso, a efetividade e/ou implementação de políticas públicas que visem proteger a dignidade da pessoa humana.

Ao se defender a possibilidade de o judiciário intervir em políticas públicas, não se pretende colocá-lo como protagonista de um processo de transformação ou de redução das mazelas em nossa sociedade, mas sim que este poder atue unido (ou até subsidiariamente) aos outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais consagrados no ordenamento constitucional, aprimorar o processo democrático já existente.

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2011, p. 6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016. (grifo nosso).

Assim, se o poder público não conseguir demonstrar a realização das políticas públicas ou, ainda, se ficar comprovado que há orçamento destinado para essa finalidade e nada tenha sido feito, então caberá ao judiciário, ao ser provocado, determinar a concretização dos direitos sociais fundamentais por meio das políticas públicas. Nesses casos, é dever do judiciário intervir a fim de resguardar o próprio ordenamento constitucional vigente, não havendo o que se falar, portanto, em atuação judicial desmedida ou desprovida de fundamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2011. Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218\\_181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218_181901.pdf). Acesso em: 03 jun. 2016.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ª ed. Editora Coimbra, 2001, p. 1101 e ss, in: LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, abr./jun. 2009.
- FERNANDES, Sérgio Bueno Cabral. **O “papel” do judiciário no “drama” da implementação das políticas públicas**. Boletim Científico ESMPU: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 20/21, jul./dez. 2006.
- FLORES, Rodrigo Gomes. Resenha da obra: **“O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4641, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38623>>. Acesso em: 01 jul. 2016.
- GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da judicialização da política ao ativismo judicial: uma análise constitucional democrática do protagonismo judicial – em busca de uma legitimação da decisão jurídica**. Pouso Alegre: FDSM, 2013.
- JACOB, César Augusto Alekmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, in: GRINOVER, Ada

- Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.
- LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, abr./jun. 2009.
- MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Salvador: UFBA, 2010.  
revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 03 jun. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCOTT, M. Noveck. Is judicial review compatible with democracy?. *Cardozo Public Law & Ethics* 6.401, 2008, in: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/>
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 apud FLORES, Gisele Maria Dal Zot. **Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais**. Revista Justiça do Direito, v. 21, n. 1, 2007.

