

**ORÇAMENTOS PÚBLICOS
E DIREITO FINANCEIRO**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Orçamentos públicos e direito financeiro / coordenadores José
Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. – São Paulo : Editora
Revista dos Tribunais, 2011.

Vários autores.
ISBN 978-85-203-2980-1

1. Orçamentos públicos 2. Orçamentos públicos – Leis e legislação
– Brasil I. Conti, José Mauricio; Scaff, Fernando Facury.

11-08125

CDU-34:336.126.5(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Orçamentos públicos :
Finanças públicas : Direito financeiro 34:336.126.5(81)

JOSÉ MAURICIO CONTI
FERNANDO FACURY SCAFF

Coordenação

ORÇAMENTOS PÚBLICOS E DIREITO FINANCEIRO

Adilson Abreu Dallari • Alexandra Katia Dallaverde • Alessandro Octaviani • Ana Carla Bliacheriene • André Castro Carvalho • Andressa Guimarães Torquato Fernandes Rêgo • Bruno Mitsuo Nagata • Carlos Otávio Ferreira de Almeida • Celso de Barros Correia Neto • Cesar Augusto Seijas de Andrade • César de Moraes Sabbag • Cleucio Santos Nunes • Cristiane Coelho • Eliana Franco Neme • Emerson Cesar da Silva Gomes • Eurípedes Gomes Faim Filho • Fabrício Motta • Fernando Facury Scaff • Flávio Rubinstein • Flavio Tudisco • Francisco Cañal • Francisco Sérgio Silva Rocha • Franselmo Araújo Costa • Gabriel Loretto Lochagin • Guilherme Bueno de Camargo • Guilherme Jardim Jurksaitis • Helio Martins Tollini • Horacio Guillermo Corti • Izaías José de Santana • James Giacomoni • João Ricardo Catarino • José Augusto Moreira de Carvalho • José Mauricio Conti • José Roberto R. Afonso • Kiyoshi Harada • Kleber Luiz Zanchim • Luciano Ferraz • Luís Felipe Valerim Pinheiro • Luiz Alberto David Araujo • Marcelo Guerra Martins • Márcio Ferro Catapani • Marco Antonio Hatem Beneton • Marcos Nóbrega • Maria de Fátima Ribeiro • Maria Elisa Cesar Novais • Maurício Barros • Moacir Marques da Silva • Nazaré da Costa Cabral • Raquel Cavalcanti Ramos Machado • Renato Jorge Brown Ribeiro • Rodrigo Oliveira de Faria • Sandoval Alves da Silva • Sérgio Assoni Filho • Ursula Dias Peres • Valmor Slomski • Vasco Valdez • Wallace Paiva Martins Junior

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ORÇAMENTOS PÚBLICOS E DIREITO FINANCEIRO

Coordenação

JOSÉ MAURICIO CONTI

FERNANDO FACURY SCAFF

Adilson Abreu Dallari / Alexsandra Katia Dallaverde / Alessandro Octaviani / Ana Carla Bliacheriene / André Castro Carvalho / Andressa Guimarães Torquato Fernandes Rêgo / Bruno Mitsuo Nagata / Carlos Otávio Ferreira de Almeida / Celso de Barros Correia Neto / Cesar Augusto Seijas de Andrade / César de Moraes Sabbag / Cleucio Santos Nunes / Cristiane Coelho / Eliana Franco Neme / Emerson Cesar da Silva Gomes / Eurípedes Gomes Faim Filho / Fabrício Motta / Fernando Facury Scaff / Flávio Rubinstein / Flavio Tudisco / Francisco Cañal / Francisco Sérgio Silva Rocha / Franselmo Araújo Costa / Gabriel Loretto Lochagim / Guilherme Bueno de Camargo / Guilherme Jardim Jurksaitis / Helio Martins Tollini / Horacio Guillermo Corti / Izaias José de Santana / James Giacomoni / João Ricardo Catarino / José Augusto Moreira de Carvalho / José Mauricio Conti / José Roberto R. Afonso / Kiyoshi Harada / Kleber Luiz Zanchim / Luciano Ferraz / Luís Felipe Valerim Pinheiro / Luiz Alberto David Araujo / Marcelo Guerra Martins / Márcio Ferro Catapani / Marco Antonio Hatem Beneton / Marcos Nóbrega / Maria de Fátima Ribeiro / Maria Elisa Cesar Novais / Maurício Barros / Moacir Marques da Silva / Nazaré da Costa Cabral / Raquel Cavalcanti Ramos Machado / Renato Jorge Brown Ribeiro / Rodrigo Oliveira de Faria / Sandoval Alves da Silva / Sérgio Assoni Filho / Ursula Dias Peres / Valmor Slomski / Vasco Valdez / Wallace Paiva Martins Junior

© desta edição [2011]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO

Diretor responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [09-2011]

Profissional

Fechamento desta edição [31.08.2011]



ISBN 978-85-203-2980-1

DECISÕES JUDICIAIS E ORÇAMENTOS PÚBLICOS

MARIA ELISA CESAR NOVAIS

Mestranda em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na Linha de Pesquisa Políticas Públicas e Processos Coletivos. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2002). Advogada e Gerente Jurídica do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec).

RESUMO: A intervenção do Poder Judiciário na elaboração e na implementação de políticas públicas é uma realidade que, independentemente de incentivo, não pode ser ignorada ou, ainda, simplesmente condenada. O artigo pretende discutir os conceitos e os mecanismos que assegurem formas de participação democrática e, como consequência, a legitimação de decisões judiciais da perspectiva da sociedade e do Estado. Isso exige uma nova compreensão pelos organismos do Poder Judiciário sobre o seu papel político e dos seus limites, bem como de uma visão crítica sobre a insuficiência da concepção clássica do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas – Intervenção – Poder Judiciário – Limites – Demandas coletivas.

ABSTRACT: The intervention of the judiciary in the development and implementation of public policies is a reality that, regardless of incentives, can not be ignored, or even simply doomed. The article discusses the concepts and mechanisms to ensure that forms of democratic participation and, consequently, the legitimacy of judicial decisions from the perspective of society and state. This requires a new understanding by the bodies of the judiciary over its political role and its limits, as well as a critical view of the inadequacy of the traditional design process.

KEYWORDS: Public policy – Intervention – Judiciary – Limits – Collective demands.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A legitimidade do Poder Judiciário para a intervenção em políticas públicas na ordem constitucional brasileira – 3. Os pressupostos e limites para o controle jurisdicional de políticas públicas: o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade – 4. Remédios judiciais para a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas – 5. A proibição do retrocesso – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, foi o ponto culminante do anseio de uma nova realidade social, antes marcada pela opressão. Além da realidade opressiva, o período ditatorial destacou-se pela incapacidade gerencial e pela incompetência na percepção e solução de conflitos que se multiplicaram e decorreram das contradições geradas pelo modelo socioeconômico então vigente. A conflituosidade diversificada evidenciou a perda de eficácia dos mecanismos institucionais de gestão e a insuficiência de procedimentos judiciais capazes de fornecer respostas satisfatórias e eficazes, o que conduziu à exacerbação da marginalização jurídica, resultado da marginalização social e econômica.

O desejo de superar em definitivo uma realidade política e social por meio de um texto cujo conteúdo fosse prático e assegurasse direitos ao cidadão demonstra o protagonismo do legislador constitucional e o empenho que a Constituição permite e espera que o legislador infraconstitucional tenha, assim como requer que o jurista aplicador da norma constitucional adote iniciativas para a sua melhor interpretação e aplicação com o fim de garantir sua efetividade. Gustavo Amaral¹ destaca as palavras de Luís Roberto Barroso ao traduzir o constitucionalismo engajado que norteia o nosso sistema. Afirma o constitucionalista que essa tarefa exige boa dogmática constitucional e capacidade de trabalhar o direito positivo. O apego ao texto positivado não importa reduzir o direito à norma, mas, ao contrário, elevá-lo à condição de norma, ou seja, exatamente atribuindo-lhe efetividade em face da imposição que lhe é inerente.

A problemática que envolve a efetividade dessa nova ordem de direitos e de sua eficácia trazida pela nossa Constituição não se limita às fronteiras brasileiras, mas transcende como uma questão a ser trabalhada em todas as ordens constitucionais que se propuseram reconhecer como competência e obrigação do Estado assegurar o exercício de direitos sociais, prestando-os diretamente à sociedade.

O nosso constituinte absorveu as várias dimensões dos direitos fundamentais estudadas e teorizadas até o momento histórico de promulgação da nossa Carta e teve como propósito depositá-las no texto constitucional. Ao analisarem-se diversos dispositivos constitucionais vislumbra-se um constituinte muito mais progressista do que o legislador ordinário.² Porém, este mesmo legislador, assim como o constituinte derivado, sob a ordem do Estado Democrático de Direito, também deu ênfase à efetivação dos direitos sociais pelo Estado mediante a implementação de políticas públicas pelo Poder Legislativo e pela Administração e específica dotação

1. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3

2. BARROSO, Luís Roberto. Apud AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 3.

orçamentária para tanto. Isto é facilmente observado diante da consagração de direitos sociais tais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social e a concessão de fontes específicas de financiamento público a vários deles, rumo à concretização de políticas públicas que vierem a ser propostas, restringindo a discricionariedade do legislador na alocação de recursos para essas finalidades.

Ainda que se tenha neste modelo de Estado intervencionista o ônus da maior preocupação com a arrecadação de receitas, certo é que, como ensinam Sustain e Holmes,³ direitos custam dinheiro, não importando o modelo de Estado adotado, seja ele liberal, seja ele social. O fato é que não podem existir contra o Estado direitos puramente negativos e o Estado, ainda na visão minimalista, sempre se colocou como um prestador da mais variada gama de serviços aos indivíduos, ainda que para assegurar as liberdades individuais. Desse modo, a concepção equivocada de não reconhecer a positividade dos direitos individuais só faz gerar uma distinção insustentável entre direitos individuais e direitos sociais, atribuindo grau de importância e exigibilidade diferentes entre direitos.

Ambas as dimensões traduzem direitos fundamentais e todos eles são positivos. Essa é a exata medida trazida pelo nosso texto constitucional, reforçada ao longo dos anos por meio das alterações legislativas já comentadas.

Portanto, a realidade que nos é importa é a seguinte: os direitos sociais e as liberdades individuais integram um único rol de direitos fundamentais de igual importância cuja garantia e capacidade de exercício devem ser propiciadas pelo Estado. Em nossa Constituição, a caracterização de um direito social – e a definição do seu núcleo, missão de alta complexidade e pouco consenso – depende do seu alcance e do seu objetivo, carecendo de homogeneidade. Por outro lado, é certo que a sua previsão constitucional, assim como a previsão de sua universalidade faz surgir direitos públicos subjetivos, exigíveis individualmente e positivos na medida em que demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação e implicam custos públicos.

Diante dessas colocações, algumas questões merecem ser levantadas: (a) se a efetividade de direitos fundamentais, a sua previsão constitucional e assumi-los como direitos públicos subjetivos implicam custos, demandam análises orçamentárias e precisam ser trabalhados com a noção de escassez de recursos; (b) dado que passíveis de serem exigidos individualmente, podem ser reclamados via remédios judiciais disponíveis na nossa ordem jurídica? (c) limita-se o Poder Judiciário à apreciação da efetivação dos direitos fundamentais na esfera individual ou é competente para apreciar a política pública envolvida? (d) os instrumentos judiciais disponíveis são suficientes? José Reinaldo de Lima Lopes já destaca essa

3. HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000. p. 35-83.

nova categoria de direitos subjetivos como uma concepção moderna. Os novos direitos sociais diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos não só por serem coletivos, mas por demandarem remédios distintos.⁴ A sua eficácia depende, em regra, da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, em razão do seu caráter de generalidade e publicidade, mediante a elaboração de políticas públicas, ou seja, um conjunto heterogêneo de medidas que visam o alcance de determinados objetivos.

Quanto às duas últimas questões, padecem elas das críticas mais fervorosas. Seria impossível às decisões judiciais trabalhar adequadamente com conceitos que envolvam alocação de recursos escassos, dizem os críticos, sendo o Poder Judiciário incapaz de lidar com questões de macrojustiça, limitando-se à solução apenas no caso concreto.⁵ O Judiciário está aparelhado para decidir sobre o caso concreto, sobre lides específicas que lhe são postas. A implementação dos direitos sociais, portanto, pelo Poder Judiciário dar-se-ia sob o prisma individual no mais das vezes, agindo como instrumento de captura das verbas públicas para uso individual, sob a veste de aplicador dos direitos sociais.

No entanto, o que se observa cada vez mais comumente é a apreciação e decisão judicial sobre direitos sociais cujos fundamentos são estritamente constitucionais, por meio, muitas vezes, de demandas individuais que chegam ao Poder Judiciário, mas não poucas vezes, também, de demandas coletivas que buscam interferir na elaboração de políticas públicas, seja diante da omissão dos Poderes primordialmente destinados à sua implementação, seja diante da inadequação de uma política pública em face da provocação dos indivíduos diretamente atingidos pela política. O que se vê é que os destinatários finais da política pública reclamam a sua participação não só na elaboração da medida, mas também na sua avaliação, requerendo a instituição de outros fóruns de participação, debate e questionamento.

O movimento na direção da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas merece outro olhar que ultrapassa a reprovação e atinge o nível de aprimoramento das técnicas disponíveis e do conhecimento dos juízes, cada vez mais diversificado dada a complexidade dos assuntos e as implicações que lhes são apresentadas.

Cumpre, assim, expor conceitualmente algumas diretrizes para a definição de pressupostos e limites na atuação do Poder Judiciário, assim como aos demais Poderes já foram colocados tais pressupostos e limites, sendo eles, até hoje, objeto de

4. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 129

5. AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 18. Indica a existência de uma tensão entre micro e macrojustiça. Cabe ao Judiciário assegurar a justiça como aquela que, nos casos concretos, possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia.

estudo. Longe de se chegar a uma resposta, com o risco de gerar novas indagações, assume-se a realidade da intervenção judicial, reconhece-se a sua legitimidade democrática, na certeza da existência de inúmeros pontos críticos que merecem atenção e exigem disponibilidade da dogmática na construção de soluções práticas para os problemas que se apresentam.

2. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA A INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

As características do atual modelo de Estado brasileiro vêm fortemente revistas em nossa Constituição de 1988 e é resultado da fusão dos modelos europeu e norte-americano. Cândido Rangel Dinamarco já destaca que a cultura processual brasileira padece de um grande paradoxo metodológico, pois enquanto as nossas tradições doutrinárias e jurisprudenciais sofrem influência de conceitos técnico-processuais de origem italiana e alemã, nossa fórmula político-constitucional de separação de poderes aproxima-se muito mais do modelo norte-americano.⁶ Esse paradoxo concretiza-se, por vezes, diante do engessamento de algumas decisões judiciais presas à visão clássica do processo, valendo-se de argumentos retóricos e não compreendendo a dimensão do direito positivado na Constituição Federal.

No modelo norte-americano, o Poder Judiciário é propriamente um poder, quando considerado o juiz como um protagonista no modelo de pesos e contrapesos, com certo poder de legislar,⁷ em um governo que não é simplesmente da maioria, mas permite o acesso e o questionamento de minorias e da garantia de direitos fundamentais a tais minorias. Essa característica vem da evolução do Estado Liberal construído pela burguesia do século XIX, fundado na supervalorização do Poder Legislativo, atribuindo uma autonomia quase absoluta para a sua atividade-fim no intuito de limitar poderes absolutos, para o Estado Social, com característica intervencionista, em que o Poder Executivo mostrava-se como o protagonista em face da forte atuação nas prestações positivas e na garantia dos direitos sociais, e, por fim, na percepção de que ambos os modelos mostravam-se insuficientes, seja por terem sido incapazes de assegurar a proteção a direitos humanos em dados momentos da História Mundial recente, seja pela dificuldade de compatibilização entre as liberdades individuais e a efetivação de direitos sociais.

Seguindo a mesma linha evolutiva, surgiram direitos que não só não se limitavam a direitos contra o Estado – direitos de defesa – mas também não geravam simples prestações estatais direcionadas, específicas e divisíveis, mas diziam respeito a

6. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. 1, p. 176

7. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. 4. ed. Trad. Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 82.

toda a coletividade, afastada a possibilidade de beneficiar somente o indivíduo, aí presentes o direito ao meio ambiente, o direito dos consumidores, o direito ao patrimônio histórico-cultural, entre outros.

A Constituinte de 1988, por sua vez, já superados muitos desses momentos históricos que estamparam a evolução acima brevemente retratada, depois de 20 anos de regime ditatorial, no afã de reafirmar os valores fundamentais da justiça e da dignidade humana e acompanhar o movimento mundial que já se desenvolvia havia alguns anos em torno da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, buscou levar ao texto constitucional toda essa gama de direitos, impondo a consecução de determinados objetivos a serem atingidos pela República Federativa mediante a colaboração e a cooperação entre os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si (art. 2.º da CF de 1988), definindo o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos individuais e sociais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, objetivando uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito de qualquer espécie.

Isso nos leva a concluir que a busca pela efetividade material dos direitos fundamentais, sendo obrigação do Estado, deve ser exercida e ser missão prioritária de cada um dos Poderes.

A construção realizada em nossa Constituição para o equilíbrio entre os poderes do Estado brasileiro fundamenta a legitimidade do Poder Judiciário. Ainda que haja claros objetivos para a consecução de políticas que efetivem direitos fundamentais sociais destinadas aos Poderes Legislativo e Executivo, a partir do momento em que há a omissão ou ineficiência na satisfação de direitos fundamentais e na garantia da igualdade material entre os integrantes do corpo social, cabe ao Poder Judiciário rever o ato que visa implementar determinada política pública. Isto porque, além de disposições constitucionais quanto à harmonia dos poderes para a efetivação dos objetivos da República, são diversas as legislações infraconstitucionais que superaram a concepção da inviolabilidade do mérito do ato administrativo, ou, nas palavras de Dinamarco, o dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo.⁸ Nesse sentido, temos a Lei da Ação Popular que se constitui como verdadeiro marco transformador na apreciação do conteúdo do ato administrativo. Tendo em vista que o controle por via da ação popular dá-se sobre a moralidade administrativa, é impossível fazê-lo sem o exame do mérito do ato combatido. E J. J. Gomes Canotilho já adverte que quanto mais tênue é a vinculação da Administração à lei, mais vinculada ela estará às garantias e liberdades constitucionais.

8. Discrecionalidade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 111.

Evidencia-se, assim, uma visão presente na Constituição Federal do Brasil que supera a própria concepção do Estado Social de Direito, tendo em vista que, constitucionalmente, é assegurado o direito de participação dos destinatários finais do ato decisório nos atos de formação dessa decisão, bem como o direito a questionar posteriormente o ato, surgindo uma quarta dimensão dos direitos fundamentais: a participação na formulação de políticas públicas. Estamos diante do Estado Democrático Constitucional.

Nas palavras de Hermes Zanetti Jr.,⁹ essencial ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural caracterizada pela pluralidade e pelo dissenso, e sua abertura para a construção da futura democracia integral (participativa, direta, política e social).

Resplandece, assim, em nossa Constituição uma reformulação na tradicional teoria da separação de poderes. Os primórdios da teoria da separação de poderes exigiam, em virtude do momento histórico, o controle do poder em benefício da coletividade, não se tratando de mera racionalização da atividade estatal. O momento histórico demonstrava que a reunião de poderes permitia o surgimento de leis tirânicas, exequíveis igualmente de forma tirânica. O objetivo era o enfraquecimento do Estado e a sua restrição na esfera da liberdade individual, ou seja, conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado. A transição entre o Estado liberal e o Estado social já destacada acima foi a responsável por promover alteração substancial quanto à concepção do Estado e sua finalidade, propiciando, mesmo, uma nova concepção do poder estatal.

A hodierna teoria da separação de poderes rechaça a divisão estanque das prerrogativas do Estado. O Estado é uno e uno é o seu poder. Este o exerce por meios de forma de expressão (ou Poderes), sendo vedada a interferência recíproca.¹⁰ Diante do direito fundamental de participação, a legitimidade do Poder Judiciário, definida constitucionalmente, decorre da efetiva prática desse direito, e sua autoridade está fortemente atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente as suas decisões.¹¹ E o processo surge como instrumento de realização dessa participação e intervenção direta na formulação de políticas públicas pela sociedade (organizada ou não).

9. ZANETTI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011. p. 44.

10. Sobre a interferência da atividade jurisdicional em políticas públicas ver CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011. p. 225-236.

11. ZANETTI JR., Hermes. Op. cit., p. 52.

Assim, a legitimidade do Poder Judiciário independe da escolha direta dos seus representantes, visto que decorre da própria Carta Constitucional. Em contrapartida, impõe aos seus agentes deveres muito mais rígidos ligados à adequada motivação de suas decisões cujo controle é muito mais explícito quando comparado a outros Poderes. Além disso, outra justificativa para a sua legitimidade democrática na tomada de decisões que influenciam políticas públicas é a própria provocação da sociedade, ou a legitimidade de cada cidadão questionar o ato administrativo que lhe atinge antes e depois de sua elaboração, buscando no Poder Judiciário novo – novo, porque a nossa própria ordem constitucional é bastante recente – fórum de discussão dos atos governamentais.

3. OS PRESSUPOSTOS E LIMITES PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O MÍNIMO EXISTENCIAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E A RAZOABILIDADE

A construção doutrinária em torno do assunto da intervenção judicial em políticas públicas elegeu alguns requisitos para que o Poder Judiciário intervenha nessa esfera até como imperativo ético-jurídico: a fixação de um mínimo existencial a ser garantida a todo cidadão; a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas; e, entre esses dois, o critério da razoabilidade para avaliação da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público.

O conceito do mínimo existencial e sua evolução têm como premissa a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, na doutrina, na jurisprudência e nas definições administrativas de políticas públicas. As definições do mínimo existencial são inúmeras. Muitos são os estudiosos que visam delimitar o significado do mínimo existencial e a sua conceitualização já sofreu algumas alterações atreladas a momentos históricos. Nas décadas de 1950 a 1970 reinava a prevalência dos direitos sociais com base em três premissas: todos os direitos sociais são direitos fundamentais, os direitos sociais são plenamente justiciáveis, independentemente de intermediação do legislador e os direitos sociais são interpretados de acordo com princípios de interpretação constitucional, tais como máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica. Vários juristas, entre eles Paulo Saraiva, Bandeira de Mello, Eros Grau, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso e J. J. Gomes Canotilho fundavam seu entendimento na materialidade da ideia de igualdade e na efetividade das normas programáticas, atribuindo plena exequibilidade às normas definidoras de direitos sociais mediante a função emancipadora da interpretação jurídica. J. J. Gomes Canotilho chegava mesmo a defender em Portugal uma Constituição dirigente, que definiria direitos a prestações originárias independentemente da *interpositio legislatoris*.

Com a queda do muro de Berlim, algumas posições começam a mudar e a mudança mais radical pode ser verificada no entendimento de J. J. Gomes Canotilho. O jurista passa a entender que a realização de direitos econômicos,

sociais e culturais se caracteriza pela graduação de sua realização e a sua dependência financeira do orçamento do Estado, havendo, assim, liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos, sendo eles insuscetíveis de controle jurisdicional, salvo quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou com dimensões pouco razoáveis. Esse período histórico também evidenciou, aos críticos da antiga concepção sobre os direitos sociais, alguns impasses que já despontavam na tese da indivisibilidade dos direitos sociais, tais como a incapacidade de resolver o problema da eficácia dos direitos fundamentais sem a intermediação do legislador, a banalização da temática dos direitos da liberdade sem o fortalecimento dos direitos de justiça, a ideia de justiça social baseada na distribuição da riqueza social, porém sem a consequente adjudicação de parcelas dessa riqueza de forma concreta pelos indivíduos, entre outras questões.

O Brasil também passou a compartilhar desse posicionamento durante os governos FHC e Lula diante da implementação de legislações ordinárias sobre direitos constitucionais, abandonando-se o positivismo sociológico e adotando-se uma visão principiológica da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo essencial de direitos da justiça, fazendo distinção entre os direitos de liberdade e os direitos econômicos, sociais e culturais, estes se tornando aqueles apenas quando tocados pelos interesses fundamentais. Passou-se a reclamar a implementação de políticas públicas pelo Poder Legislativo e pela Administração e optou-se pela maximização do mínimo existencial e minimização dos direitos sociais quanto à sua extensão, mas não quanto à sua profundidade, com a superação de óbices orçamentários dada a contradição incontornável com o princípio da dignidade humana. No entanto, as vinculações criadas ainda no governo FHC (saúde, educação e erradicação da pobreza) contribuíram para aumentar a confusão entre o mínimo existencial e direitos sociais.

Atualmente, vislumbramos algumas definições do que abrangeria o mínimo existencial. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, que não se vale da expressão mínimo existencial, mas de direitos fundamentais sociais, estes se subdividem em direitos de defesa e direitos subjetivos a prestações, com certos limites e eficácia (reserva do possível e competência do Legislativo). Porém, analisa o direito subjetivo a prestações sob a premissa da garantia da dignidade da pessoa humana. Todas as vezes que os argumentos limitadores da eficácia dos direitos fundamentais esbarrarem com o valor maior da vida e com a dignidade da pessoa humana ou colidirem com os direitos constitucionais, resultarão na prevalência do direito social. Na visão de Ricardo Lobo Torres, por sua vez, a proteção do mínimo existencial não depende da reserva do possível, pois a sua fruição independe de orçamento ou políticas públicas, como ocorre com os direitos sociais. O mínimo existencial, na verdade, possui duas dimensões: negativa (imunidade fiscal em razão da capacidade contributiva) e positiva (serviços públicos dirigidos à manutenção da liberdade da pessoa). O problema efetivamente surge quando há

pontos de contato entre o mínimo existencial e os direitos sociais. Fernando Scaff também já alerta sobre os pontos de contato entre o conceito de mínimo existencial e direitos fundamentais sociais em sociedade periféricas com enorme desigualdade social e econômica.¹²

Robert Alexy aprofunda de forma bastante interessante a sua concepção quando liga a defesa dos direitos fundamentais com o argumento do exercício da liberdade fática e não meramente jurídica. De fato, a liberdade jurídica nada é se não existir faticamente e esta só poderá ser exercida mediante a garantia a um direito subjetivo a prestações na esfera de um padrão mínimo existencial. Dependendo da necessidade do indivíduo, maior significado terão os direitos sociais, tendo em vista que o indivíduo mais necessitado é o que conta com menor liberdade fática, sendo sem valor a liberdade jurídica para ele quando ele vive abaixo do mínimo existencial, está condenado ao desemprego e está excluído da vida cultural de seu tempo. A liberdade garantida pelos direitos fundamentais não inclui somente a liberdade jurídica, portanto, mas também a liberdade fática, a capacidade de exercício de direitos. Aqui a capacidade é vista como uma liberdade substantiva para alguém levar um determinado tipo de vida, sendo a pobreza, nesse contexto, a privação de capacidades básicas. Esse é o âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos é uma das únicas autoras a enumerar expressamente quais seriam os direitos abarcados pelo mínimo existencial e, principalmente, considerar entre eles o direito ao acesso à justiça. Na sua compreensão, trata-se das condições básicas para a existência, fração nuclear da dignidade da pessoa humana: educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados (condições materiais) e o acesso à justiça como condição instrumental do exercício e garantia do mínimo existencial.

Podemos vislumbrar alguns contornos na definição do mínimo existencial, contornos estes que não se mostram muito delimitados, mas exigem como premissa um atrelamento ao que a Constituição Federal coloca como direito fundamental, servindo o texto magno não apenas como uma diretiva ao legislador e ao governante, mas contando o seu conteúdo com eficácia normativa e, portanto, impositiva à função de governo, sob pena de avaliação judicial da prática do ato administrativo quando em contradição com o disposto na Constituição. Porém, ao mesmo tempo, evidencia-se a necessidade de concretização mediante a existência de dotação orçamentária, tratando-se de uma questão de sopesamento para a sua realização de forma racional.

Daí surgem o limite – reserva do possível – e o critério para trabalhar a tensão existente entre o pressuposto do mínimo existencial e o limite da reserva orçamentária – razoabilidade.

12. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, vol. 32. Porto Alegre: Nota Dez Ed., 2005.

A concretização de direitos fundamentais depende da disponibilidade orçamentária para tanto. Não basta a previsão normativa para materialização dos direitos fundamentais, o orçamento público condiciona o atendimento desses direitos. A concessão de medidas judiciais que buscam a efetivação de direitos sociais tem repercussão direta na harmonia orçamentária que sustenta a concessão espontânea de outros direitos fundamentais, de forma que, de fato, deve constituir exceção e não regra.

Inequívoco é o convívio da Administração Pública com o conceito da escassez de recursos. Levar os direitos a sério significa levar a sério a escassez de recursos públicos. Jon Elster assume que os recursos são sempre escassos.¹³ A escassez pode ser, em maior ou menor grau, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. A quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas não por condutas não coativas dos cidadãos. A artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfação. Desponta a necessidade do Poder Público fazer escolhas, a definição de prioridade exige as chamadas escolhas trágicas e, nesse ponto, a gestão orçamentária eficiente concretiza a dimensão social do direito. Sendo essas escolhas políticas, envolvem o equilíbrio entre níveis de necessidades, fatores históricos, culturais e sociais, gerando uma constante tensão entre a ordem normativa e a ordem real.

Sendo esta tensão a realidade que se impõe e sendo o embasamento das escolhas exclusivamente político, é inevitável que a questão seja objeto de intenso debate em diferentes fóruns, visto que tais decisões não podem ser incontestáveis. O questionamento da judicialização dos direitos fundamentais decorre da ordenação de despesas pelo Judiciário que importa em gastos não previstos no orçamento e alteração das prioridades governamentais.

Todavia, por outro lado, os recursos econômicos devem ser vistos como pressupostos da concretização de direitos, tendo em vista que o orçamento, como qualquer outro ato estatal, deve estar estritamente vinculado aos objetivos inscritos no art. 3.º da CF. Os custos, a despeito de não poderem ser desconsiderados na discussão acerca dos direitos fundamentais, não podem ser óbice à sua consecução, mas instrumento para a sua realização, e não são os únicos critérios a serem adotados em decisões políticas e judiciais. A reserva do possível pode ser vista, assim, não como apenas um limitador fático da concretização de direitos sociais fundamentais pela via judicial, mas um agregador no balanceamento das prioridades estatais.

De fato, trabalhar todos esses conceitos gera grande dificuldade aos operadores do direito e é bastante questionável não só a existência de instrumentos hábeis,

13. AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 93.

mas também o compromisso dos agentes do Poder Judiciário na intervenção e no controle de políticas públicas.

Contudo, a estrutura do processo judicial também não deve ser vista como óbice, mas como aliado na consecução de políticas públicas. A compreensão a seu respeito é essencial à própria legitimidade das decisões judiciais e ao adequado cumprimento do papel do Poder Judiciário em permitir pacificação social mediante participação social, nos casos que envolvem políticas públicas e, portanto, uma dimensão reivindicatória da sociedade.

4. REMÉDIOS JUDICIAIS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Compreendida, como restou nos itens anteriores, a participação do cidadão nas escolhas políticas, seja no processo que antecede à sua definição, como em momento posterior, ao questionar a sua adequação com os interesses sociais e coletivos, como direito fundamental, o acesso à justiça para a legitimidade de uma decisão política possui a mesma ou maior relevância na abertura de procedimentos de consultas e audiências públicas nos Poderes Executivo e Legislativo.

O acesso à justiça, nesse sentido, tem duas vertentes essenciais para se configurar como direito fundamental social ou como parte integrante do mínimo existencial: a importância do processo como um meio de realização dos direitos fundamentais e uma abertura para a democracia.¹⁴

A importância do processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais traduz-se, em razão de sua característica de procedimento em contraditório, na capacidade de delimitar o problema, permitir a identificação das razões dos opositores, resultando em um consenso para a solução do problema e a assunção de um compromisso, tudo pautado no direito positivado na Constituição.

Por sua vez, na concepção de abertura para a democracia, o processo passa a ser a finalidade do direito como um todo por dever garantir amplo debate sobre o objeto litigioso, sendo inseparável dos direitos fundamentais o direito fundamental ao processo.

Diante desse entendimento, a legitimidade das decisões passa pela própria legitimidade dos autores e atores no processo e, diante de direitos difusos e coletivos, esta deve ser efetivamente ampla, pois resulta na maior ampliação possível do acesso à justiça. Assim, as portas de acesso à justiça devem ser estendidas e os mecanismos processuais devem ser trabalhados com o fim de incentivar esse acesso à justiça para a defesa de interesses que sobressaem ao indivíduo.¹⁵

14. ZANETTI JR., Hermes. Op. cit., p. 67.

15. SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 191.

Não há pleno consenso no controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. O que se observa é que, a despeito da resistência de vários setores, principalmente ligados aos demais poderes, a intervenção do Poder Judiciário ocorre de fato e já é parte da realidade social e jurídica atual.

A oposição é observada não só ante os demais poderes; não são poucos os julgados que evidenciam que os próprios integrantes do poder em análise guardam grande resistência no exercício do poder-dever de se imiscuir em questões que, por vezes, ultrapassam a compreensão clássica do processo e exigem uma visão diferenciada e hodierna do papel do juiz e da própria instituição na interpretação das normas jurídicas e na construção de mecanismos capazes de enfrentar a complexidade dos problemas levados a juízo de modo a cumprir com os objetivos do processo que, na implementação de políticas públicas, não se limitam à pacificação social, mas também alcançam a participação democrática, sendo este mais um fórum de debate democrático da sociedade na persecução do bem comum.

A Constituição Federal permite corroborar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário na intervenção em políticas públicas ao tratar dos remédios judiciais no caso de omissão, prevendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, este até pouco tempo tendo mero valor retórico no reconhecimento da prestação de direito social direcionada ao indivíduo, porém sem que houvesse real eficácia do provimento, pois residia na expectativa de ação dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de norma específica (MI-QO 107-3, da relatoria do Min. Moreira Alves). Atualmente, já busca se atribuir efeitos constitutivos a esse remédio constitucional, como se vislumbra nos casos de aposentadoria especial (MI 721) e do direito de greve do funcionalismo público (MI 670 e MI 712) em face da ausência de norma específica, dispensando a eficácia da decisão de complemento legislativo.

Contudo, pode-se afirmar que tais remédios são tímidos diante da complexidade das situações atualmente trazidas ao Poder Judiciário por meio de demandas individuais, demandas individuais com efeitos coletivos e demandas coletivas. Processualistas dos mais renomados admitem que todas as espécies de ações são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.¹⁶ O que deve se ter em mente é a compatibilidade entre o pedido e a situação afirmada pelo demandante de modo que a providência seja idônea e os atos processuais sejam aptos a conduzir o demandante ao ato final.¹⁷ O problema que se apresenta são os custos ao erário na obrigação de reconhecer o direito social originariamente não previsto no orçamento. São as chamadas sentenças aditivas, que se destacam muito mais no caso de demandas individuais. Os efeitos mais temidos entre três – passados, futuros e imediatos – são os imediatos, dado que

16. Entre eles, Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.* p. 130.

17. YARSELL apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 56.

a obrigação de cobertura do direito social reconhecido é imediatamente exigível. Nesse aspecto, seria cabível o remanejamento de recursos destinados a áreas que não estejam intrinsecamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem. Não há que se prevalecer o pressuposto econômico, mas deve ele ser um norteador da capacidade de cumprimento da decisão e nunca um mero limitador. Claro que em face dessa concepção, o Poder Judiciário seria visto, mesmo diante da nova teoria da separação de poderes, com permissão para determinar a distribuição de recursos públicos. Estaria o Judiciário preparado, com recursos humanos, materiais e instrumentos processuais para isso?

A questão da relevância de instrumentos e mecanismos processuais toma maior proporção diante de conflitos de natureza coletiva, verdadeiramente massificados. A solução destes conflitos passa por uma necessária compreensão da organização do Poder Judiciário em face das similitudes fáticas e jurídicas que guardam tais conflitos. A ausência dessa compreensão resulta na prática de grandes equívocos e num verdadeiro paradoxo: enquanto se constrói argumentos para a legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, este, por vezes, quando requisitado e diretamente responsável, omite-se na formulação de políticas típicas de sua alçada.

A percepção da relevância das demandas coletivas e, principalmente, da necessidade de o Poder Judiciário buscar dar solução idêntica para demandas idênticas guarda íntima relação com a complexidade e padronização das relações jurídicas que se desenvolvem em nossa sociedade tanto no que concerne às imposições constitucionais ao Estado na promoção da satisfação dos direitos fundamentais mediante prestações positivas diretas – que se caracterizam pela universalidade –, como no que tange ao incremento proporcionado pela atuação da iniciativa privada na prestação de atividades tipicamente estatais, ao trazer para a relação indivíduo/sociedade e Estado um novo ator diretamente responsável – a empresa privada –, atribuindo ao Estado um papel regulador e fiscalizador, mas que não reduz a sua participação e responsabilidade na relação travada. Essa mesma percepção resulta na observação do princípio da isonomia e levará, necessariamente, ao alcance das garantias da duração razoável e da efetividade do processo, propiciando economia e celeridade processuais e inteligência organizacional e administrativa do Poder Judiciário a possibilitar-lhe maior eficiência nas respostas à sociedade.

Além da disciplina própria da tutela coletiva acima destacada, diante de conflitos massificados que evidenciam a interferência do Poder Judiciário em questões que implicam efeitos a toda a sociedade – já que geram consequências para indivíduos, em uma relação de natureza incindível geralmente, e impactos no Estado e em setores da iniciativa privada, porém regulados pelo Estado – cumpre ao próprio Poder Judiciário dar às normas processuais interpretação ampla a oferecer solução e composição do conflito social a garantir a segurança jurídica e uniformidade das decisões, permitindo a ampliação do debate, de modo a garantir a legitimidade de suas decisões mediante a participação democrática.

Com efeito, ainda que a legitimidade do Poder Judiciário para a intervenção em políticas públicas seja garantida constitucional e infraconstitucionalmente e decorra, também, da motivação das decisões proferidas, é indispensável que, como fórum escolhido pela sociedade – mediante pretensão levada a juízo –, proporcione a sua efetiva participação. Contudo, não parece, ainda, emergir do Poder Judiciário a real preocupação de oportunizar o amplo debate de questões atinentes a conflitos plurissubjetivos.

Nesse aspecto, questões processuais como competência, mecanismos democráticos de uniformização da jurisprudência (repercussão geral, súmula vinculante e recursos repetitivos), de reunião de processos (institutos de conexão, continência e litispendência), exatamente em razão dos objetivos de definição de entendimentos jurisprudenciais e uniformização de julgamentos, devem prezar pelo amplo debate, além de serem encarados como verdadeiros instrumentos de política judiciária a ensinar a administração inteligente de situações jurídicas surgidas mediante pretensões judiciais que se assemelham e se multiplicam no Poder Judiciário, sem, contudo, ter uma resposta eficaz e equânime para o problema.

5. A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Como já observado, em diversas passagens há a compreensão da proibição de retroceder no que já se avançou na consecução e apreciação de políticas públicas por todas as manifestações de poder que emanam do Estado.

Já restou pontuado que cabe ao Estado, mediante a participação social também, a fixação do contorno da eficácia dos direitos sociais. O catálogo de direitos fundamentais comporta a introdução de novos direitos e a reformulação daqueles já anteriormente acolhidos em face dos desafios à plena realização do ser humano dentro de um contexto histórico.

De fato, o Poder Judiciário ainda “patina” nas decisões judiciais a respeito de políticas públicas, fechando os olhos para requisitos relevantes na apreciação das demandas, mas, ao mesmo tempo, essa iniciativa não pode ser relegada apenas ao Poder Judiciário, considerando que ele age por provocação. Cabe às representações sociais levar a questão e o pedido exequível à Justiça, mas também cabe ao referido Poder trabalhar novas perspectivas para a consecução de tais objetivos. Esforços combinados de diversas áreas jurídicas e que extrapolam essa esfera podem aproximar o problema de uma solução. Ainda que incipientes, algumas iniciativas já produzem resultados.¹⁸

18. Vide Ação Civil Pública 0027.09.195199-9, da 2.^a Vara da Infância e Juventude capitaneada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais que, para dar efetividade à intervenção em política pública estatal questionada, apontou no orçamento a existência de verbas destinadas à implementação de determinada política e não utilizadas, requerendo, assim,

Cumpre, portanto, ao reconhecer um recrudescimento das demandas por prestações sociais em contraposição à capacidade prestacional do Estado e da sociedade, avaliar a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social. Ingo Sarlet recorda que, enquanto urge a discussão mundial acerca da redução do Estado Social de Direito, a realidade brasileira está inserida em ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, visto que as promessas da modernidade nem sequer foram minimamente cumpridas, o que torna a discussão em torno da proibição do retrocesso, na esfera dos direitos sociais, absolutamente obrigatória e inadiável.¹⁹

A despeito das inúmeras influências que sofremos do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo norte-americano, vivenciando, muitas vezes, verdadeiro paradoxo antes já retratado, o fato é que desenvolvemos – estamos desenvolvendo – uma ordem constitucional própria, em que problemas relacionados à corrupção, ao desvio de recursos, à baixa representatividade política de miseráveis, à fragilidade da cidadania dão o tom das construções jurídicas que se apresentam. Desse modo, o que se pode afirmar, por certo, é que a discussão que hoje se desenvolve em ambientes que em nada se assemelham à nossa realidade social, histórica, política e cultural não nos servem e, com isso, precisamos achar as respostas que tragam efetivas soluções à nossa existência paradoxal.

6. CONCLUSÕES

Sob a égide da ordem constitucional inaugurada a partir de 1988, a legitimidade do Poder Judiciário é inequívoca para controle de políticas públicas, seja por previsão constitucional expressa, seja pela peculiaridade exigida de seus provimentos, qual seja a adequada motivação e o natural controle que o sistema possibilita às decisões. Além disso, a legitimidade do Poder Judiciário é consequência da própria busca da sociedade de uma solução por ele emanada. Oposições a esse entendimento acabam por ter um cunho muito mais ideológico do que prático.

É inequívoca, também, a necessidade de definição de pressupostos e limites na atuação do Poder Judiciário, até mesmo como imperativo ético-jurídico desse controle e aí estão o mínimo existencial, a reserva do possível e, sopesando ambos, a razoabilidade ou proporcionalidade.

A compreensão de que todo e qualquer direito gera custos ao Estado e este convive frequentemente com o conceito de escassez, escolhas políticas, muitas vezes

o seu bloqueio. A experiência denota a preocupação do *Parquet* estadual com a existência e a utilidade prática do orçamento, requerendo o estudo de área pouco explorada pelo Poder Judiciário e pelos atores que nele atuam.

19. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 438-439

trágicas serão feitas. Todavia, qualquer contrariedade incontornável que houver com o princípio da dignidade humana reclamará a atuação do Poder Judiciário que, apesar das implicações sobre o erário, emanará decisão que se coadune com a proteção constitucional aos direitos fundamentais, tendo em vista a eficácia normativa e a imposição que decorre do nosso texto constitucional. Com efeito, tais prerrogativas demandam responsabilidade consciente dos agentes do Poder Judiciário. Fato é que não se pode retroceder na evolução obtida até o momento. Há que se balancear as limitações fáticas, porém sem escusar-se de dar máxima efetividade à norma constitucional.

Nessa linha de raciocínio, devem ser aprimorados os mecanismos de tratamento de processos repetitivos (tanto individuais quanto coletivos) e isso vale também no controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, especialmente na avaliação do requisito ou pressuposto da “reserva do possível”, permitindo-se que o orçamento seja visualizado de forma global, tendo em vista, ainda, que a proliferação de decisões contraditórias comprometeria a efetividade do processo e a própria credibilidade do Poder perante a sociedade.

Tendo em vista que as políticas públicas se caracterizam pela universalidade e generalidade, o Poder Judiciário deve pautar suas decisões de modo a garantir a adequada participação da sociedade, ampliando o debate nos processos judiciais, bem como seus agentes devem buscar compreender as peculiaridades do orçamento e proferir decisões passíveis de exequibilidade, exigibilidade e acompanhamento periódico, sendo necessário o entendimento de que a função jurisdicional não se encerra com a prolação da sentença.

Deve haver a prioridade da solução pela via de instrumentos coletivos, sendo necessário que os legitimados para o seu ajuizamento tenham visão estratégica da sua utilização, contribuindo para a melhor compreensão do Poder Judiciário sobre a importância social e política dos instrumentos de tutela coletiva.

O Poder Judiciário deve se preocupar, desse modo, com a formulação e a condução de políticas judiciais indispensáveis para a adequada solução de conflitos essencialmente coletivos, que não só reclamam solução coletiva, mas também incidem na formulação de políticas públicas, tendo em vista o papel constitucional que o juiz possui em nossa ordem constitucional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas e o direito administrativo. *Revista trimestral de Direito Público*. n. 13. p. 134-144. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CALABRESI, Guido. BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: W.W. Norton & Company. 1978.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Tese de Doutorado em direito processual – Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. 1.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 102. p. 327-356. São Paulo: USP, 2007..
- SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (org.) *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. República, tributação, finanças. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. vol. 1, 2008.
- _____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*. vol. 32. Porto Alegre: Nota Dez Ed., 2005.

- _____. ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (org.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: COSTA, Paulo Sergio Weyl A. (org.). *Direitos humanos em concreto*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, vol. 1.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. 4. ed. Trad. Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. vol. 1.
- ZANETTI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011.