

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

ATIVISMO JUDICIAL E ORÇAMENTO PÚBLICO

JUDICIAL ACTIVISM AND PUBLIC BUDGET

Fabiana Oliveira Bastos de Castro

Resumo

O movimento engendrado após o segundo período pós-guerra influenciou o surgimento do Neoconstitucionalismo, cujas diretrizes, acompanhadas do desenvolvimento da sociedade e do recrudescimento das noções de Constituição e de direitos fundamentais, contribuíram para o desenvolvimento do fenômeno da jurisdição constitucional. Nesse contexto, diante da necessidade de concretização dos direitos, o poder judiciário abarca uma postura mais ativa, de protagonista, ou melhor, de Guardiã da superioridade da Constituição. O ativismo judicial é espécie da fortalecida jurisdição constitucional (a outra é a judicialização das políticas públicas) e se manifesta por diferentes condutas. Entretanto, na contramão dessa participação ampla e intensa do Judiciário, exsurge a questão orçamentária e a impossibilidade de alocação de recursos, para atender a demanda judicial, em detrimento de outros programas sociais. Com fulcro nessa discussão, o presente trabalho é desenvolvido.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Ativismo judicial, Orçamento público, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

The movement engendered after the second post-war period has influenced the emergence of Neoconstitutionalism, whose guidelines, together with the development of society and the resurgence of notions of constitution and fundamental rights, contributed to the development of constitutional jurisdiction phenomenon. In this context, given the need for realization of the rights, the judiciary encompasses a more active role of protagonist, or rather Guardian of the superiority of the Constitution. Judicial activism is kind of strengthened constitutional jurisdiction (the other is the legalization of public policies) and is manifested by different pipelines. However, against this broad and active participation of the judiciary, Exsurge the budget issue and the resource allocation inability to meet the lawsuit, to the detriment of other social programs. With fulcrum in this discussion, this study is developed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Judicial activism, Public budget, Limits

1. INTRODUÇÃO

Gradualmente, o fenômeno da jurisdição constitucional conhecido como ativismo judicial, verificado na ordem mundial após o segundo período pós-guerra, bem como com o advento das Constituições democráticas, tem reconhecido que a efetivação dos direitos custa. Esse custo, sobretudo, é financeiro e não autoexcludente de outros custos.

Desde as Constituições Democráticas, advindas no segundo pós-guerra, o protagonismo judicial tem sido um dos temas debatidos no constitucionalismo contemporâneo, principalmente sob a perspectiva da sua legitimidade democrática. Em razão disso, a concepção de jurisdição constitucional tem enfrentado grandes desafios, cujo enfrentamento perpassa pela análise da judicialização e do ativismo judicial, que, embora sejam devidamente diferentes, não se confundem, possuindo fundamentos implicações distintos.

Diante desse contexto, o desenvolvimento do presente estudo divide-se em três fases. Na primeira, discorre-se acerca da evolução do estado Constitucional, desembocando no reconhecimento da jurisdição constitucional, especialmente do ativismo judicial, como indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Na segunda fase, o objetivo maior é delimitar os conceitos, regras e reflexões que envolvem o estudo do orçamento público, ressaltando as implicações da teoria da reserva do possível como principal óbice à postura ativista do Poder Judiciário.

Finalmente, na terceira e última parte, são considerados os reflexos do embate promovido entre o fenômeno do ativismo judicial e as limitações orçamentárias, com o esforço da coleta do entendimento doutrinário e jurisprudencial, com a observância de que o estado não pode ser compelido a qualquer custo na efetivação dos direitos.

Em máxima síntese, esse é o caminho a ser traçado, ressaltando que os diversos casos debatidos em sede de jurisdição constitucional, explora não apenas preocupações abstratas, mas questões que interessam e dizem respeito diretamente ao jurisdicionado e à convivência harmônica entre os Poderes.

2. ATIVISMO JUDICIAL

2.1. Origem: do Positivismo ao Neoconstitucionalismo

Por muito tempo, os magistrados ficaram conhecidos por uma função pouco atuante, limitada à proclamação do que estava contido na lei, e, em razão disso, ficaram conhecidos como “A Boca da Lei”. Nesse período, não se admitia, ou, pelo menos, não se concebia uma atuação normativa do magistrado, de modo que o exercício da jurisdição reduzia-se ao disposto nas leis confeccionadas pelo Poder legislativo.

Essa postura do Poder Judiciário remonta à era napoleônica e à consolidação das conquistas revolucionárias na França, as quais arrimaram a noção de que a lei codificada era completa e seu sentido correto era o texto; a gramática. Agrega-se, ainda, ao pensamento de suficiência da lei, a noção da separação dos poderes¹, o que justificava a posição do judiciário como mero aplicador da lei, não podendo interpretá-la senão gramaticalmente, para não haver o risco de ingerir-se na competência do Poder Legislativo. Segundo Leal²:

Outro não era o fundamento inspirador da escola de exegese, segundo o qual o juiz aparece proibido de interpretar a lei, cabendo-lhe tão-somente a tarefa de aplicar a norma geral ao caso concreto (subsunção). Trata-se, portanto, de um verdadeiro silogismo lógico, descabendo ao magistrado qualquer atividade criativa. Com efeito, este ideal de plenitude e de suficiência da lei não deixa abertura para a interpretação, mas atende (numa perspectiva hermenêutica, isto é apenas uma ilusão), em contrapartida, aos ideais de certeza e de segurança jurídica tão caros à burguesia ascendente, que além de assumir o poder político e institucionalizá-lo na forma da lei, precisava assegurar e garantir o estrito cumprimento de seus conteúdos. Daí o caráter extremamente restrito, reservado à atividade judicial (interpretativa) neste período, que se apresenta absolutamente vinculada e submetida às deliberações do Legislativo.

¹ O princípio da separação dos poderes foi consagrado por Montesquieu, com base na premissa de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

² LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24-25.

Sob este panorama, depreende-se que não se poderia questionar a verdade da premissa legal, muito menos abrir margem a interpretações criativas ou construtivas no ato da subsunção. Na verdade, o que importava, realmente, era a verdade gramatical e lógica do texto legal.

Assim, no contexto histórico marcado, de um lado, pela segurança jurídica que a codificação das leis trazia e, de outro, pela interpretação objetiva e pura da lei, que se infere o surgimento da teoria do positivismo, a qual teve como principal expoente o doutrinador alemão Hans Kelsen.

O positivismo jurídico tinha como premissa o desenvolvimento de pensamentos e de conceitos dogmáticos que buscavam a cientificidade. Essa dogmática – do direito reduzido a um conjunto de normas - era considerada perfeita e, como todo dogma, não precisava de qualquer explicação, além da própria existência. Entretanto, a humanidade pagou caro pela ambição positivista da certeza jurídica, em virtude do surgimento dos regimes autoritários que se estabeleceram apoiados na lei. Nesse observa Barroso³:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismo de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador de ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes as primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

Sem embargo, após a segunda guerra mundial, período em que foram fortalecidos os direitos fundamentais e a Constituição, constatou-se, na maioria dos países ocidentais, uma evolução das funções do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do conceito de justiça

³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro: renovar, 2006. p. 01-48.

constitucional, tornando-se necessário o surgimento de uma nova hermenêutica que atribuisse juridicidade, aptidão e eficácia dos princípios estabelecidos na Constituição, diferenciando-os das demais normas (infraconstitucionais ou constitucionais).

Dessa maneira, a hermenêutica positiva foi substituída pelo neoconstitucionalismo, o qual possibilitou ao intérprete extrair a noção fundamental da norma, condicionando a legislação, a jurisprudência e a ação dos agentes públicos. A esse respeito, anota Barroso⁴:

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

Nesse novo panorama filosófico, faz-se necessário uma distinção básica entre regras e princípios. Para tanto, recorre-se às lições de Robert Alexy (ALEXY, 2008, p. 90), para quem “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Para o doutrinador, os princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em diferentes graus, haja vista que a sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Por outro lado, consideram-se regras as normas que podem ou não ser satisfeitas.

A referida distinção entre regra e princípio torna-se essencial por consubstanciar-se num dos pilares da moderna dogmática constitucional, que superou o positivismo legalista, em que o conceito de norma se limitava ao de regra jurídica. Agora, a Constituição é vista como um sistema aberto de princípio e regras, que acolhem valores jurídicos superiores ao ordenamento positivista. Conforme assevera Leal:

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro: renovar, 2006. p. 47.

Tal caráter principiológico reforça, mais uma vez, a mencionada abertura constitucional, pois, enquanto ordens (mandamentos) de otimização que são, os princípios podem ser realizados em diferentes níveis, sobretudo quando se está diante de uma colisão (exigência de sopesamento).

A nova interpretação constitucional (pós-positivista) assenta-se na ideia de que a expressividade do texto legal, não raro, demarca apenas uma moldura, dentro da qual, permeiam-se diferentes possibilidades interpretativas, sem se descurar dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem observados e dos fins a serem alcançados, com vistas a buscar o sentido da norma.

Daí que a importância da distinção entre princípios e normas permitiu ao intérprete aproximar-se da realidade e do tempo, sem que se altere o texto constitucional, atribuindo ao magistrado uma postura criativa e não mais estática.

2.2. Uma digressão prévia e necessária: a judicialização da política

A percepção da evolução filosófica aprofundada no tópico anterior fez-se importante para permitir a visualização do novo papel delineado para o exercício hermenêutico.

Nesta diretriz, a habitual forma de regulamentação política, por meio da qual é suplantada uma nova espécie de norma (os princípios) criou várias situações de larga repercussão política e/ou social, os quais exigiram um papel atuante do Poder Judiciário, em contraposição às instâncias políticas tradicionais, como o Poder Legislativo e o Executivo. Assevera Barroso⁵:

Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento Bush x Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade com a Constituição e com atos internacionais da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel

⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica; Acesso em: 13/07/2015.

vital na preservação de Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.

Posto isso, cabe anotar que a judicialização consubstancia na transferência de poder aos agentes políticos do judiciário (magistrados), em razão da eficácia das normas constitucionais reclamarem uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, sob pena de se ter uma Constituição de “fachada”.

A judicialização é um fenômeno ao qual não se pode atribuir um único fator responsável. Trata-se, antes de qualquer coisa, de uma consequência lógica de diversos fatores históricos, políticos e sociais, bem como de algumas opções em termos de organização do sistema jurídico.

Assim, não raro os casos em que se denota a necessidade de uma prestação, por parte do Executivo, para o cumprimento de uma decisão judicial, como também não o são aqueles em que o judiciário acaba interferindo no Legislativo, quando declara a inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo⁶.

A judicialização da política pode ser compreendida pela projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social, dirimindo questões importantes para o desenvolvimento da política de um Estado.

2.3. A compreensão do conceito de Ativismo Judicial

Como visto até o presente momento, a evolução do pensamento *jus* filosófico, com a ampliação da exegese constitucional, permitiu a ocorrência do fenômeno da judicialização da

⁶ “A eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel jurista e do Poder Judiciário nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, só nega a aplicação de tais direitos”. (STRECK, Lenio Luiz. O estado democrático de direito e a necessária constitucionalização do direito: a crise dos 10 anos da Constituição cidadã. Revista da faculdade de Direito de Cruz Alta, n. IV, p. 23-43, jan. 1999, p. 23-24).

política, fazendo com que os juízes, crescentemente, ocupem espaços tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política (Executivo e Legislativo).

A noção de “ativismo judicial” remonta ao Estados Unidos, sobretudo, na descrição da Suprema Corte norte-americana, durante a presidência de Earl Warren (1953-1969), a qual foi marcada por uma jurisprudência progressista, sem que se abrisse mão de qualquer ato do Congresso ou do Executivo. Narra a história, que sete meses e meio depois de tomar posse como *Chief-justice*, a Suprema Corte norte-americana proferiu uma revolucionária decisão, equivalente a uma proclamação de igualdade racial, que, anos mais tarde, ocasionou na supressão gradual da base legal do racismo nos Estados Unidos. Esse “ativismo” obrigou a sociedade norte-americana a enfrentar problemas básicos até então convenientemente ignorados, tornando-se foco de progressivas reformas. Segundo Rodrigues⁷:

Sem o entrave de um tecnicismo exacerbado e sem dúvidas refinadas sobre os limites do poder judicial, Warren viu sempre a Suprema Corte como um verdadeiro centro de poder, que poderia, através de suas decisões constitucionais, forçar a mudança de rumos nos Estados Unidos, libertar forças sociais progressistas e melhorar a sorte do homem comum. Pragmaticamente, **sem dar maior importância à antiga querela do federalismo e dos direitos dos Estados, Earl Warren e a Corte por ele liderada forçaram os Estados a irem se conformando com a dessegração racial, a redistribuir seus eleitores em distritos eleitorais mais equilibrados, a fim de dar menor peso ao voto rural, a adotar os padrões nacionais do processo criminal, a reconhecer a necessidade de correções no caótico e preconceituoso sistema de previdência social, a admitir uma maior liberdade de opinião e de palavra, e a aceitar os costumes de uma sociedade mais livre.** (Grifo nosso)

De início, já se observa que o “ativismo judicial”, antes de qualquer conceito pré-concebido da ciência jurídica, aproxima-se mais da ideia de movimento, o qual, sem sombra de dúvidas, surgiu em razão do efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário com a conseqüente judicialização das questões postas na sociedade. Pois, uma vez provocado, o Judiciário não pode se furtar a decidir, até mesmo em virtude da garantia constitucional de acesso ao judiciário.

⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte de Warren (1953-1969): *revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 32-39.

A ideia de ativismo judicial está centrada na atuação ampla e intensa do magistrado na persecução da concretização dos valores e fins dispostos na Ordem Constitucional. De acordo Barroso⁸:

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em relação à primeira conduta, destaca-se, no ordenamento jurídico pátrio, como exemplo, o julgamento que determinou a fidelidade partidária, no sentido de que a vaga no Congresso pertence ao partido político e não à pessoa do candidato. Neste contexto, com base no princípio democrático, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, até então prevista na Carta Constitucional⁹.

Doutro modo, seguindo o esquema acima proposto pelo professor Luís Roberto Barroso, no que concerne à declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos com base em critérios menos rígidos, a doutrina pátria destaca o acórdão do supremo Tribunal Federal que determinou a verticalização das coligações partidárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685). Nesta ação constitucional, a Corte Constitucional deu interpretação conforme à Constituição Federal, aplicando norma constitucional para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral.

⁸BARROSO, Luís Roberto. “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica; Acesso em: 13/07/2015.

⁹ A respeito *vide*: **MS 30260**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011.

A última conduta a se averiguar, no tocante ao ativismo judicial, cinge-se à imposição de atos e/ou abstenções ao poder público, especialmente no âmbito das políticas públicas e, assim, estreitamente relacionada à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Feitas tais digressões, importante a conclusão apontada por Gervasoni e Leal¹⁰:

De qualquer forma, é possível deixar assentado que estará configurado como “ativismo judicial” a intervenção jurisdicional quando reunidas as seguintes condições: a) não houver exigência constitucional expressa, tampouco previsão acerca da criação da política pública; b) a norma que preveja determinado direito – a ser implementado mediante políticas públicas – seja considerada programática e de eficácia limitada; e c) o espaço de discricionariedade do poder público, quanto á forma de efetivação do direito social, permitir a sua realização por outros instrumentos que não seja a política pública em si.

Finalmente, com base no que foi exposto, é possível se afirmar que o ativismo judicial é uma ação, a opção de modo específico e proativo de interpretar a Constituição expandindo o seu sentido e alcance, com vistas a implementar as demandas sociais.

3. ORÇAMENTO PÚBLICO

A compreensão da ideia de orçamento público perpassa pelo estudo da principal finalidade do Estado, qual seja, a realização do bem comum e a conseqüente necessidade de desenvolver diversas atividades estatais para que esse bem geral seja alcançado, de modo a proteger e satisfazer as necessidades públicas.

A satisfação dessas necessidades implica gastos públicos, que devem ser meticulosamente analisados e geridos através do instrumento denominado orçamento público. Se, porventura, a receita arrecadada não for suficiente para custear os gastos, o Estado poderá obter empréstimos públicos, também conhecidos como créditos públicos, com o fim de atingir o equilíbrio entre receitas e despesas.

¹⁰GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Judicialização da Política e Ativismo Judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Multideia: Santa Cruz do Sul, 2013, p. 106-107.

O importante é saber que o conjunto que envolve os quatro fenômenos supracitados, quais sejam, receitas públicas (obtenção de recursos), despesas públicas (dispêndio dos recursos), orçamento público (gerência dos recursos) e crédito público (obtenção de recursos emprestados) denomina-se atividade financeira, por meio da qual o estado visa a realização do seu próprio: satisfação das necessidades públicas.

Nessa linha, pode-se entender o orçamento público como uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado de tempo, discriminando as obrigações que deva concretizar, com a previsão concomitante dos ingressos necessários para cobri-las.

A doutrina majoritária possui posicionamento no sentido de que o orçamento é uma lei, mas uma lei meramente formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos. Isto porque, o orçamento tem apenas forma de lei, mas não tem o conteúdo de lei, visto que não veicula direitos subjetivos, tampouco é norma abstrata e genérica, não criando direito subjetivos. Sob este aspecto, vale o magistério de Celso Ribeiro Bastos¹¹:

A autorização para que se efetive a despesa não significa o dever de o administrador levá-lo a efeito. Este pode perfeitamente considerar não oportuna a sua realização. Ou seja, ele não obriga o executivo a gastar, mas tão-somente indica-lhe onde gastar. O legislativo fixa um teto de gastos, que pode ou não ser observado, conforme a vontade do Executivo.

Todavia, nem tudo no orçamento é meramente autorizativo. É dizer, há despesas que constam no orçamento e o Executivo tem o dever de realizá-las, tornando-o, nesse ponto impositivo. São as chamadas normas pré-orçamentárias que vinculam o Executivo ao seu cumprimento. Como exemplo, as normas que constam do orçamento que versam sobre gastos com pessoal, transferências constitucionais, gastos na educação e na saúde, dentre outras, são impositivas, obrigatórias e devem ser cumpridas, não porque veiculadas no orçamento, mas, sim, porque previstas em outros instrumentos normativos com força normativa mais vinculante do que as normas orçamentárias, tal como, a Constituição Federal.

¹¹BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 65-66.

De modo diverso desse posicionamento autorizativo, parcela da doutrina defende o posicionamento no sentido de que a Constituição Federal não deu margens para a concepção do orçamento como instrumento meramente autorizativo de gastos. A respeito, Harrison Ferreira Leite¹² ensina:

Por essas razões é que não se comunga com a ideia de um orçamento de um orçamento meramente autorizativo. Note-se que a lei orçamentária anual, na sua dicção constitucional, prevê receitas e fixa despesas. Se quisesse autorizar despesas, assim diria. Mas não, preferiu fixar a programação dos desembolsos públicos. Ora, fixar é determinar, prescrever com particular força, não se confundindo com prever, estimar ou facultar.

Em verdade, a noção pela qual o orçamento público é concebido como instrumento autorizativo, ocasiona insegurança para todos os que com ele se relacionam. No plano do Poder Executivo, por saber que o orçamento não é obrigatório, nota-se sua elaboração com diminuta programação, ocasionando a liberação de recursos para a satisfação de despesas eleitas como primordiais de conformidade com entendimento pessoal e não de acordo com o interesse público.

3.1. A questão do orçamento impositivo

Com vistas a desconstituir a natureza autorizativa do orçamento público, tramitou no Congresso nacional a chamada PEC 22A/2000, denominada de “PEC do orçamento impositivo” cujo objetivo é tornar obrigatória a execução de emendas parlamentares ao orçamento da União. Ato contínuo, o Congresso Nacional aprovou a referida PEC, a qual deu ensejo à Emenda Constitucional 86, criando a figura do Orçamento impositivo. Segundo Scaff¹³:

O Congresso aprovou a Emenda Constitucional 86, que criou a curiosa figura do *Orçamento impositivo à brasileira*, pois ao invés de aprovar uma norma que

¹²LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da Lei Orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 166.

13 SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. *Revista Consultor Jurídico*. <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>; Acesso em: 20/07/2015.

realmente obrigasse o Poder Executivo a cumprir as leis orçamentárias, foi aprovada uma emenda constitucional que obriga o Poder Executivo a cumprir as emendas parlamentares, que se caracterizam como uma pequena parte do orçamento, e vinculada a interesses eleitorais dos próprios parlamentares.

Com respeito ao posicionamento crítico elaborado pelo doutrinador acima, a bem da verdade, a aprovação da referida emenda constitucional já tem o poder de causar muitas modificações nas relações político-partidárias existentes, pois a liberação de emendas parlamentares deixará de ser uma espécie de moeda de troca nas relações entre o Congresso e o Planalto.

Ademais, a obrigatoriedade da execução orçamentária faz surgir um fenômeno chamado de “Ativismo Legislativo” - que, por razões lógicas, não será aprofundado no presente trabalho -, torna impositivo o gasto individual de cada deputado e senador, sem se importar, muitas vezes, com a relação entre gasto e os programas de governo.

Em suma, a Emenda Constitucional nº 86/215 vincula recursos do orçamento da União para os gastos que vierem a ser estabelecidos pelos parlamentares para atendimento de suas bases eleitorais. Observe-se que todo o restante do orçamento permanece ao sabor dos controles do Poder Executivo, que poderá contingenciá-lo da maneira que melhor lhe aprouver, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico ou pelo ativismo judicial. Passa-se, agora, a analisar a relação existente entre o ativismo judicial e orçamento público.

4. ATIVISMO JUDICIAL E ORÇAMENTO PÚBLICO

o ativismo judicial, como se viu alhures, é a intervenção jurisdicional que pode ser caracterizada, dentre outros fatores, pela efetivação de direitos que, em razão do espaço de discricionariedade deixado para o Poder Público, necessita realizar-se por outros instrumentos que não seja pelos órgãos políticos em si.

Em síntese, viu-se que o ativismo judicial é possível quando: a) não houver exigência constitucional expressa, tampouco previsão acerca da criação da política pública; b) a norma que preveja determinado direito seja considerada programática e de eficácia limitada; e c) o

espaço de discricionariedade do poder público, quanto à forma de efetivação do direito social, invoca a intervenção do judiciário.

Assim, sob o plano de vista orçamentário, parece obvio que, se a decisão judicial apenas se limita a impor o cumprimento de uma política pública preexistente, nos termos em que deliberada pelo poder público, não há que se falar necessariamente em “ativismo judicial”, porque o provimento não passa do exercício da função típica substancial da jurisdição.

Seguindo essa diretriz contextual, o debate que se inicia com a premissa de que os direitos fundamentais não são apenas parâmetros a serem seguidos ou nortes que indicam as prioridades nas programações das políticas públicas, faz surgir a presença de dois grupos na doutrina. De um lado, estão os defensores do pensamento que visualiza a impossibilidade de o (do) judiciário implantar uma judicialização que vise a efetivação de direitos (acima de tudo sociais), sem ferir a separação dos poderes. Aponta Leal¹⁴:

A ideia de separação dos poderes é uma das mais recorrentes objeções à atuação da jurisdição constitucional nos moldes aqui descritos, especialmente quanto à sua legitimidade, pelo que se repute essencial o desdobramento da secular teoria.

De outro, os que defendem a intervenção judicial, sob a alegação de que, por exemplo, os direitos sociais são exigíveis judicialmente e que o Judiciário não pode negar a satisfação desses direitos com base em argumentos orçamentários ou de qualquer outra ordem. Neste contexto, fundamentam que a intervenção do judiciário não deve ser entendida, necessariamente, como uma invasão na atividade legislativa ou administrativa do Estado e, conseqüentemente, uma violação à separação dos poderes, em razão do princípio democrático

14 LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 76.

que legitima o ativismo judicial e seus critérios. A despeito, importante a lição trazida por Habermas¹⁵:

Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção judiciário se mostra compatível (embora deva respeitar certos limites) com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais (seja esta intervenção para implementar políticas públicas, em alguns casos, seja para garantir a integridade e intangibilidade de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna), ressalvada a necessidade de observância dos mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade e, sobretudo, da própria Constituição.

A implicação desse embate refletiu no Poder Judiciário - cuja evolução da postura fora explanada nos tópicos anteriores – que passou a ser mais ponderado quanto aos efeitos consequencialistas de suas decisões, tornando-se mais criterioso quanto aos impactos de orçamentários de suas decisões. Assim, o ativismo judicial com repercussões orçamentárias passou a ser aceitável desde que alguns critérios¹⁶ fossem observados. Agrega-se a esses critérios o equilíbrio fiscal, diante da limitação dos recursos.

Por esta arquitetura, surge a teoria da “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*), assentada na ideia de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*).

Tal teoria ficou conhecida através de decisão do Tribunal Constitucional Alemão que, em 18 de julho de 1972, julgou um *leading case*, cujo objeto de debate, na ocasião, era o artigo 12, §1º, da Lei Fundamental de Bohn, que assegura a todos os alemães o direito de escolher livremente a sua profissão, o local de trabalho e o seu lugar de formação, em face do artigo 17 da lei universitária de Hamburgo e do artigo 4º da Lei de Admissão às Universidades Bávaras, que impunham número limitado de vagas para o curso de Medicina.

15 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 158-159.

16 Sem descurar dos que já foram vistos: a) ausência de exigência constitucional expressa, tampouco previsão acerca da criação da política pública; b) a norma que preveja determinado direito seja considerada programática e de eficácia limitada; e c) o espaço de discricionariedade do poder público, quanto à forma de efetivação do direito social, invoca a intervenção do judiciário.

Nesse contexto, Leonardo Martins¹⁷ destaca parte do voto condutor da tese, nos seguintes termos:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas as custas da coletividade é incompatível com a ideia de Estado Social.

Conforme se infere do excerto acima, concluiu-se que, ainda que os direitos constitucionalmente assegurados não sejam, em sua origem, limitados, eles se acomodam à reserva do possível, que estabelece aquilo que o indivíduo pode, racionalmente, exigir da coletividade. Exigir e receber aquilo que não condiz com a com a realidade social e econômica é patente disparate frente ao próprio Estado Social e Democrático de Direito.

A denotação dessa mudança no ordenamento jurídico pátrio, se deu com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp nº 1.185.474-SC, cujo acórdão possui o seguinte teor:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal

17 MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, p. 663-664.

motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações

comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

(REsp 1185474/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010)

Dessa decisão, depreende-se que o STJ entendeu que os direitos sociais podem ser protegidos judicialmente e que argumentos contrários a essa intervenção, como a ausência de critérios técnicos para a atuação judicial, a violação à separação dos poderes ou ao princípio da maioria, devem ser revisitados e não resistem aos comandos constitucionais de proteção desses direitos. Porém, esses direitos não são absolutos, porquanto todo direito sofre restrição em alguma medida, principalmente as de ordem orçamentária, mas, para tanto, deve ser comprovada objetivamente a ausência de recursos para essa proteção.

Destarte, fica a clara a possibilidade de o Judiciário controlar as políticas sociais, denotando o fenômeno do ativismo judicial. Porém, quando se está diante de impossibilidade fática do cumprimento de direitos, muito embora a sua proteção constitucional, o judiciário

não poderá ordenar a sua realização, pois se trata de medida ilógica determinar o impossível. Mas, vale ressaltar, a impossibilidade deve ser provada.

Portanto, é preciso esclarecer que, embora se reconheça a imperiosidade dos direitos sociais, a indisponibilidade de recursos devidamente comprovada impossibilita a sua efetivação, contudo, em razão da importância dada aos direitos sociais, o ativismo judicial se sobressai na limitação da margem de discricionariedade reservada ao gestor público.

É nesse âmbito que a imposição judicial para a alocação de recursos (ativismo judicial), ainda que em orçamentos vindouros, se sobressai, a fim de fazer com que o Estado, pelo em momento futuro, dê a real efetivação ao direito analisado.

5. CONCLUSÃO

A questão do orçamento e de sua administração é considerada ação política e, portanto, adstrita aos Poderes representativos, que possuem um grau de discricionariedade para tanto. Porém, observa-se uma progressiva vinculação desta discricionariedade estabelecida pela própria Constituição, a qual fixa não só determinados objetivos – vinculantes – e princípios à Administração, como também estabelece parâmetros (neste momento, vale ressaltar a diferença já sinalizada neste trabalho entre princípio e regras) a serem observados.

Neste compasso, quando se verifica que o Estado está fazendo (ou pelo menos tenta) tudo que está ao seu alcance, sem, contudo, por razões orçamentárias conseguir a sua implementação, exigir a satisfação do direito a todo custo, obriga o Estado negligenciar outros programas sociais, fator que pode culminar no comprometimento das políticas públicas.

Na verdade, para que o ativismo judicial seja legítimo é imprescindível que o aplicador do direito exerça a diferenciação entre desvirtuamento de políticas públicas, insuficiência orçamentária, má escolha no alocamento de recursos, bem como outros diversos fatores que repercutem na atuação da jurisdição constitucional. Notadamente, todas essas peculiaridades devem ser levadas em consideração para uma adequada observação da questão que pretenda ser mais técnica.

6. REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. **Revista Consultor Jurídico**. http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica; Acesso em: 13/07/2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Multideia: Santa Cruz do Sul, 2014.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Multideia: Santa Cruz do Sul, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SCAFF, Fernando Facury. Contas à Vista: Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. **Revista Consultor Jurídico**. <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>; Acesso em: 20/07/2015.

STRECK, Lenio Luiz. O estado democrático de direito e a necessária constitucionalização do direito: a crise dos 10 anos da Constituição cidadã. **Revista da faculdade de Direito de Cruz Alta**, Cruz Alta, n. IV, p. 23-43, jan. 1999.