

A LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

THE LEGITIMIZATION OF JUDICIAL INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES AND THE PRINCIPLE OF SOCIAL TRANSFORMATION

Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado^I

Juvêncio Borges Silva^{II}

^I Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. E-mail:
rafaelmoreno19@gmail.com

^{II} U Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. E-mail:
juvencioborges@gmail.com

Resumo: O artigo aborda o histórico da cidadania brasileira com o objetivo de contextualizar as disposições constitucionais definidoras de direitos sociais. Examina-se a legitimidade jurídica da abordagem sobre as políticas públicas por Poderes ou órgãos não inicialmente designados para tanto, utilizando-se a metodologia de revisão bibliográfica. Posteriormente, defende-se a existência de uma obrigação constitucional de redução das desigualdades e progresso social, denominado de princípio da transformação social, o qual condiciona a atuação estatal e impõe a obrigação de implementação de políticas públicas. Em seguida, são examinadas as principais críticas à intervenção judicial em políticas públicas, quais sejam, crítica da teoria da constituição, filosófica, operacional e financeira. Ao final, defende-se que as críticas servem não como impeditivo da intervenção, mas como parâmetros mínimos de sua realização.

Palavras-chave: cidadania, desigualdade social, transformação social, políticas públicas.

Abstract: In order to contextualize the constitutional provisions that define civil rights, the article addresses the history of Brazilian citizenship. The legitimacy of policy intervention by Powers that are not initially designed to intervene is examined, using the bibliographic review methodology. Subsequently, it is said that there is a constitutional principle of social development which results in an obligation to reduce inequalities and social progress. This constitutional principle conditions state action and imposes an obligation to implement social policies. Then, the main criticisms of judicial intervention in public policies, which are constitutional theory, philosophical, operational and financial are examined. In the end it is argued that those criticisms do not serve as an obstacle to judicial intervention, but as minimum parameters for its implementation.

Keywords: citizenship, social inequality, social development, social policies.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v18i45.1280>

Recebido em: 20.03.2023

Aceito em: 08.08.2023



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

1 Introdução

A intervenção judicial em políticas públicas e seus limites são temas que vêm recebendo atenção especial da doutrina e jurisprudência brasileiras¹. Neste contexto, sobressaem críticas sobre a legitimidade de tal intervenção, existindo críticas filosóficas, na teoria da constituição e operacionais². Além disto, o próprio conceito jurídico de políticas públicas é impreciso, uma vez que não há uma definição legal ou constitucional de seus principais aspectos.

Neste contexto, o objeto principal deste artigo é examinar a legitimidade da intervenção em políticas públicas diante de constatações fáticas e jurídicas na realidade brasileira. Sob o prisma fático, contrapõem-se as críticas citadas à necessidade de intervenção diante da inação estatal na promoção de direitos sociais e sobretudo na busca da erradicação das desigualdades sociais no Brasil. Juridicamente, será averiguado se é possível extrair do texto constitucional uma obrigatoriedade na intervenção judicial em políticas públicas após a inação do Poder executivo e seus eventuais limites.

As críticas sobre a intervenção judicial em políticas públicas possuem relevância, na medida em que podem estabelecer parâmetros para sua realização. No entanto, a aceitação de uma impossibilidade de intervenção pode perpetuar o contexto de desigualdade social existente na sociedade brasileira, bem como tornar irrealizável o projeto constitucional brasileiro pós-redemocratização. Sendo assim, o exame da constitucionalidade deve *“ter como norte uma teoria histórico-factuais de cada Estado nacional. Nesse sentido, absorvidas as críticas ao modelo original-dirigista da Constituição do Brasil, é preciso entender as especificidades do país”*³.

O exame da realidade fática onde será aplicada a norma é, portanto, imprescindível para a averiguação de sua legitimidade e o grau de intervenção judicial em políticas públicas.

Justifica-se a pesquisa em decorrência da necessidade de se perscrutar a existência de alguma obrigatoriedade jurídica que dê fundamento legítimo à intervenção judicial em políticas públicas. O problema examinado, por sua vez, é a legitimidade jurídica da abordagem sobre as políticas públicas por Poderes ou órgãos não inicialmente designados para tanto. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica. O método, por sua vez, é o hipotético-dedutivo.

2 As espécies de cidadania e a correlação com a experiência brasileira - a cidadania insurgente e o déficit de cidadania

A noção de cidadania como elemento essencial para o estado nacional é experiência recente na histórica ocidental, iniciando-se com o iluminismo e o desenvolvimento das cidades e suas novas classes sociais, como a burguesia. O surgimento deste novo estrato social permitiu a contraposição entre o estado de direito nascente e o estado de privilégios ou de nascimento,

1 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006.

2 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti: **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008 pp. 111-147

3 STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de in CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Almedina, 2013.

vigente na ordem anterior⁴. O estado de direito nascente era lastreado pelos ideais revolucionários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade, mas, sobretudo na primeira fase, por uma exigência de liberdade do indivíduo frente ao estado, sob uma perspectiva não-intervencionista.

A noção clássica de cidadania deriva, por conseguinte, do contexto posterior às revoluções burguesas, cuja experiência francesa é a mais notável. A cidadania é compreendida como um pertencimento a uma subdivisão geográfica e política - qual seja, a cidade moderna - e o regramento prévio que regulará a vida nesta nova sociedade. Neste sentido, Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira⁵ defendem que:

A cidadania compreende, portanto, um conceito universal. Na condição de cidadão eu estabeleço uma relação de pertencimento para com um espaço público e me defino em termos de direitos e deveres para com a nação, regida por uma Constituição. Isto implica em que a ordem social deixa de ser regida por aspectos de personalidade e passa a ser regida pela lei, que deve ser aplicada a todos indistintamente, sem qualquer discriminação. Enfim, para que numa sociedade haja plena cidadania, necessário se faz que todas as relações sociais, políticas e econômicas estejam sob o império da lei.

Neste contexto, defende-se que a cidadania se divide em três elementos, a saber: civil, política e social⁶. Na experiência europeia, é cediço que a aparição de cada espécie de cidadania se dá em momentos históricos distintos, respectivamente nos séculos XVIII (civil), XIX (política) e XX (social).

A experiência brasileira, contudo, não segue a mesma ordem cronológica. José Murilo de Carvalho defende que, no Brasil, a aparição das espécies de cidadania se deu em ordem distinta: I) em primeiro lugar vieram os direitos sociais, implantados em período de repressão aos direitos políticos; II) em segundo lugar os direitos políticos foram reconhecidos, mas, paradoxalmente, sua expansão se dá em período ditatorial e; III) os direitos civis que, para Carvalho, ainda estão em fase de implementação e inacessíveis a grande parte da população. (2013).

A discrepância entre a implementação dos direitos mencionados nas experiências brasileira e europeia decorrem de contextos históricos distintos. Como já afirmado, a cidadania decorre de processo de reconhecimento e ordenação de uma nova modalidade de organização social, qual seja, a cidade moderna. Enquanto, nos séculos XVIII e XIX, partes da Europa viveram um processo de gradual industrialização e expansão urbana, no Brasil:

Chegou-se ao fim do período colonial com a grande maioria da população excluída dos direitos civis e políticos e sem a existência de um sentido de nacionalidade. No máximo, havia alguns centros urbanos dotados de uma população politicamente mais aguerrida e algum sentimento de identidade regional.⁷

4 SILVA, Juvêncio Borges e SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil in **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-54, jan./abr. 2018. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/972> Acesso em 31 ago. 2021.

5 SILVA, Juvêncio Borges e SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Op. Cit.

6 MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967 apud SILVA, Juvêncio Borges e SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil in **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-54, jan./abr. 2018. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/972> Acesso em 31 ago. 2021.

7 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 26ª Ed. Rio de Janeiro, ed. Civilização Brasileira, 2020.

A organização social no Brasil possui outro elemento que a distingue da realidade europeia: a escravidão e sua abolição tardia, sem qualquer processo de integração dos escravizados à ordem social existente após a abolição. O legado português para o Brasil pós-independência e no período imperial era, segundo Carvalho⁸ (2013, p. 24), “*uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira.*”

A título elucidativo, invoca-se novamente José Murilo de Carvalho⁹:

Que tipo de cidadão era esse que se apresentava para exercer seu direito político? Qual era, enfim, o conteúdo real desse direito?

Não é difícil imaginar essa resposta. Os Brasileiros tornados cidadãos pela Constituição eram as mesmas pessoas que tinham vivido os três séculos de colonização nas condições que já foram descritas. Mais de 85% eram analfabetos, incapazes de ler um jornal, um decreto do governo, um alvará da justiça, uma postura municipal. Entre os analfabetos incluíam-se muitos dos grandes proprietários rurais. Mais de 90% da população vivia em áreas rurais, sob o controle ou a influência dos grandes proprietários. Nas cidades, muitos votantes eram funcionários públicos controlados pelo governo.

Observa-se, portanto, que o contexto histórico nacional demonstra um desenvolvimento urbano diferente do europeu. A cidadania que surge desta conjuntura, então, há de ser analisada diferentemente. Com efeito, a realidade brasileira colonial e no período do império fez surgir três estratos sociais: homens livres e ricos, homens livres e pobres, e escravizados¹⁰.

Neste contexto, acabou-se por criar ordens sociais divergentes dentro do mesmo contexto nacional, uma vez que os escravizados, após sua libertação, viram-se sem qualquer medida efetiva de inclusão na sociedade e foram relegados em grande parte às periferias dos grandes centros urbanos, juntamente com aqueles que previamente à abolição, faziam parte do grupo de homens livres e pobres. Com a abolição, os anteriormente escravizados passaram a compor esta última categoria.

Holston¹¹ entende que a divisão profunda da sociedade brasileira se perpetuou ao longo do século XX, concluindo pela existência de duas espécies de cidadania, quais sejam, cidadania insurgente e cidadania entrincheirada. A primeira tem por objetivo se ver reconhecida como sujeito de direitos e luta por sua inclusão e reconhecimento. A última, por sua vez, herdou seus privilégios por gerações e visa à manutenção de posições de vantagem, valendo-se da legislação (ou da ausência desta) como forma de manutenção do *status quo*.

Sob o ponto de vista antropológico, o conceito de cidadania possui diferentes significados para cada um dos grupos sociais analisados por Holston¹². A cidadania para os grupos privilegiados possui conceito positivo e significa distinção. Para os grupos marginalizados, por sua vez, a cidadania é conceito pejorativo, especialmente quando, no meio policial, refere-se às pessoas

8 CARVALHO, José Murilo de. *Ibid.*, p. 24.

9 CARVALHO, José Murilo de. *Ibid.*, pp. 37-38.

10 SILVA, Juvêncio Borges e SILVEIRA, Ricardo dos Reis. *Op. Cit.*

11 HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

12 HOLSTON, James. (2013). *Ibid.*

como “cidadãos”. Segundo Holston¹³, “*Cidadania é uma medida de diferença e uma forma de distanciar as pessoas umas das outras*”. Esta noção é denominada de “cidadania diferenciada”:

Essa formulação de cidadania usa diferenças sociais que não são as bases da incorporação nacional – sobretudo diferenças de educação, propriedade, raça, gênero e ocupação – para proporcionar tratamentos diferentes para categorias diferentes de cidadãos. Por isso gera uma gradação de direitos entre eles em que a maioria dos direitos está disponível apenas para tipos específicos de cidadãos e é exercida como privilégio de categorias sociais específicas. Defino-a portanto como uma cidadania diferenciada, que usa essas qualificações sociais para organizar suas dimensões políticas, civis e sociais e para regular sua distribuição de poderes.¹⁴

A experiência brasileira criou, por conseguinte, uma cidadania excludente sob o ponto de vista da participação efetiva ou substancial de todas as camadas populacionais, limitando o acesso aos direitos civis, políticos e, sobretudo, sociais. Com efeito, apenas as camadas privilegiadas da população exercem uma cidadania plena. Os grupos menos favorecidos, cuja desigualdade decorre diretamente do abismo existente na sociedade brasileira colonial e perpetuada no império, apenas são vistos como cidadãos pelos grupos privilegiados de forma pejorativa. Para Holston¹⁵, os espaços conquistados pelos grupos marginalizados são resultados de seus próprios esforços, decorrentes do fenômeno que ele denomina como autoconstrução:

A autoconstrução transformou as periferias em espaço de futuros alternativos, produzidos nas experiências de se tornar proprietários, de organizar movimentos sociais, de participar de mercados consumidores e de fazer julgamentos estéticos sobre as transformações das casas.¹⁶

Nesta senda, é possível constatar que o desenvolvimento da sociedade brasileira, por ação e omissão do próprio estado nacional, seja nos períodos de colônia, império ou república, permitiu o acesso gradativo a um grupo minoritário de aspectos da cidadania substancial. Ao outro grupo, majoritário e vítima de espoliação, a omissão estatal o relegou à margem social, sem possibilidade de ascensão, salvo por seus próprios esforços e em embate direto com os privilegiados. Sofre a maior parte da população brasileira, por conseguinte, de um déficit de cidadania.

Vê-se, portanto, que o contexto sociológico brasileiro não é o mesmo de outras experiências sociológicas europeias. O tecido social brasileiro é marcado por um vão entre grupos antagônicos e a análise do contexto constitucional não pode passar ao largo das vicissitudes que compõem a sociedade brasileira.

3 Do compromisso constitucional: objetivo fundamental de redução das desigualdades

O contexto social delineado no tópico anterior é essencial para a compreensão dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com previsão no artigo 3º da Constituição

13 HOLSTON, James. (2013). Ibid.

14 HOLSTON, James. (2013). Ibid.

15 HOLSTON, James. (2013). Op. Cit

16 HOLSTON, James. (2013). Op. Cit

Federal¹⁷. Ao estabelecer objetivos para a existência do estado nacional, a Constituição de 1988 criou compromissos para com a própria sociedade, sobretudo no que diz respeito à promoção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e redução de desigualdades (inciso III). Segundo Streck e Morais: “*Com a opção presente no art. 1º - Estado Democrático de Direito – a Constituição brasileira de 1988 inegavelmente incorpora a tese do constitucionalismo dirigente e compromissório.*”¹⁸

A assunção dos compromissos do artigo 3º da Constituição Federal, sobretudo na redução das desigualdades, decorre diretamente do reconhecimento por parte do estado do abismo social referido no tópico anterior. Neste contexto, o papel das normas constitucionais deve ser examinado no contexto de cada sociedade:

Assim, para que se compreenda o papel da Constituição nestes duros tempos de globalização e de fragilização dos Estados Nacionais, parece imprescindível ter como norte uma teoria da Constituição como uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. Nesse sentido, absorvidas as críticas ao modelo original-dirigista da Constituição do Brasil, é preciso entender as especificidades do país. As promessas da modernidade continuam incumpridas, circunstância que reforça o papel do direito constitucional e da teoria constitucional.¹⁹

Por não ser possível compreender o conteúdo de uma norma constitucional sem inseri-la em um determinado contexto social, o exame desta realidade é essencial para o adensamento das normas constitucionais, sobretudo os objetivos fundamentais. E, diante do quadro de desigualdade nacional, os objetivos fundamentais do artigo 3º não são meras diretrizes, mas verdadeiras imposições ao próprio estado que se constitui. São o que se denomina de princípios impositivos²⁰, de observância obrigatória pelos agentes estatais, detentores momentâneos de parcela do poder.

Interpretação em sentido contrário, ou seja, no sentido de serem meras diretrizes os objetivos fundamentais, é negar tanto a realidade fática de abismo social, quanto subtrair do real detentor do poder, o povo, de sua possibilidade de condicionar, através da Constituição, o exercício do poder. Em verdade, as constituições são:

A Constituição seria, então, um mapa político de orientação e de prescrição do Poder Político (Estado) num determinado território. Seu povo, a fim de assegurar o controle legítimo/legal do poder, insculpe regras para si e para o poder estabelecido. Esta via de mão dupla se chama Direito – tecnicamente: “regra da bilateralidade da norma jurídica” (MALBERG, 2001). A mesma regra serve para cima e para baixo na estrutura do poder. Assim, a Constituição seria o mapa jurídico do poder sob o controle político do povo.²¹

Os objetivos fundamentais, entre eles a redução das desigualdades, configuram-se, portanto, em condicionantes do exercício do Poder estatal, razão pela qual se defende que a

17 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

18 STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. Cit.

19 STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. Cit.

20 GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013.

21 MARTINEZ, Vinício Carrilho. **O conceito de Carta Política na Constituição Federal de 1988: freios político-jurídicos ao Estado de não-Direito**. Londrina, Thoth, 2021.

realização do bem-estar social e a promoção da justiça social são decorrências obrigatórias do texto constitucional. Diante deste quadro, defende-se que a Constituição Federal determina então a observância do princípio da transformação social²². No quadro constitucional brasileiro, portanto, não é possível a negação das desigualdades (realidade fática) tampouco sua desconsideração na aplicação das normas jurídicas (realidade jurídica). Segundo Marcelo Pedroso Goulart²³:

O princípio da transformação social, como macroprincípio impositivo, por um lado, obriga o cidadão, a sociedade – pelos sujeitos políticos coletivos e sujeitos econômicos – e as instituições estatais – pelos diversos órgãos de direção política – a implementarem ações e políticas públicas voltadas para a transformação democrática das estruturas sociais e econômicas; por outro, fundamenta a legítima as reivindicações sociais voltadas às prestações positivas do Estado.

A obrigação de transformação social decorrente do princípio homônimo relaciona-se com outro princípio reconhecido pela jurisprudência brasileira, denominado vedação ao retrocesso social. Com efeito, reconhecida a obrigatoriedade da redução das desigualdades e da transformação social decorrente, é certo que as ações estatais não podem resultar em retrocessos sociais, violando-se conquistas já incorporadas pela sociedade, tampouco frustrando suas expectativas legítimas na edificação constitucional do estado. Nos dizeres de Canotilho²⁴ (1999):

O princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de “direitos prestacionais de propriedade”, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma prática congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’.

Portanto, não se trata de implementação a efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal de uma escolha político-partidária momentânea. Não à toa, o próprio texto constitucional reforçou a sua autoaplicabilidade – embora não tivesse necessidade alguma de fazê-lo - no §1º do artigo 5º, ao mencionar que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”. Sobre a autoaplicabilidade, Ana Paula de Barcellos²⁵ defende que:

As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de normatividade, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

Cuida-se de escolha político-jurídica fundamental da Constituição de 1988 a adoção de um modelo que reconheça a realidade fática e determine a obrigatoriedade de sua

22 GOULART, Marcelo Pedroso. Ibid.

23 GOULART, Marcelo Pedroso. Ibid.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. (Pp. 326-327)

25 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

evolução. Para Streck e Moraes²⁶, o modelo escolhido na Constituição de 1988 é nitidamente intervencionista e deve se pautar pela implementação de políticas públicas distributivistas. E não só. O reconhecimento de um princípio da transformação social e de um dever de redução das desigualdades dão subsídios fático-jurídicos à reivindicação de ação do poder público para a consecução das finalidades constitucionais, por meio da implementação de políticas públicas. Neste sentido:

Ou seja, a formulação e execução das políticas públicas vêm não apenas sujeitas ao controle de sua regularidade formal, como também de sua destinação adequada ao cumprimento dos fins do Estado.

Para se implementar efetivamente o desenvolvimento consagrado no programa constitucional, é preciso que tenhamos mecanismos aptos ao controle (judicial) de políticas públicas. Trata-se da possibilidade de ampla sindicabilidade de atos legislativos e aqueles emanados do Poder Judiciário.²⁷

A inação estatal na implementação das políticas públicas que garantam a execução do projeto constitucional, portanto, demandam a atuação subsidiária do Poder Judiciário na exigibilidade e implementação dos direitos sociais fundamentais. Ao Judiciário, de forma suplementar, cabe realizar o controle da omissão das demais esferas de poder, sobretudo o Executivo, quando deficiente a realização dos comandos constitucionais.

Não obstante a existência de fundamentos fáticos e jurídicos que dão lastro à intervenção judicial em políticas públicas, é essencial a compreensão das objeções que alguns autores enxergam, a fim de equacioná-las com a realidade social e o arcabouço constitucional.

4 Políticas de Estado e políticas de governo

Antes de se passar às críticas à intervenção judicial em políticas públicas propriamente ditas, deve-se ter em mente alguns conceitos básicos sobre o tema. Segundo Maria Paula Dallari Bucci²⁸, existe dificuldade em transpor o conceito de políticas públicas para o direito, por se tratar de tema de outras áreas do conhecimento. Não obstante, esta autora define-as como:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²⁹

Por sua vez, João Pedro Schmidt³⁰ entende que “(...) as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva.” É possível constatar, portanto, que as políticas públicas têm por sede original o campo político, ou seja, os Poderes Executivo ou Legislativo.

26 STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. Cit.

27 STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. Cit.

28 BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit.

29 BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit.

30 SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas in **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> Acesso em 15 ago. 2021.

Existem, contudo, situações em que o direito cuja implementação depende de implementação de uma política pública (e.g., direito à saúde) não é aplicado pelos detentores momentâneos do poder político, seja por escassez de recursos, seja por opção deliberada de agenda ideológica.

Como visto no tópico anterior, contudo, constata-se que o campo de deliberação político sobre as políticas públicas se vê condicionado pelo texto constitucional. Neste sentido, essencial a distinção entre políticas de estado e políticas de governo:

Quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado democrático de direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado. Dentro desse quadro, pode-se afirmar, ainda, que uma política é de Estado quando voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos humanos. Quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo.³¹

Nesta senda, constata-se que as políticas públicas podem ser reconhecidas como políticas de estado (e, portanto, independentes da vontade política dos envolvidos no jogo político) quando voltadas, entre outras finalidades, à promoção de condições mínimas de estruturação dos direitos humanos reconhecidos na Constituição Federal.

Portanto, as políticas consideradas de estado não podem ser furtadas da população, uma vez que a decisão política que as erigiu neste patamar foi tomada na promulgação da Constituição Federal. As decisões políticas posteriores não podem negar direitos reconhecidos pelo Poder Constituinte originário como essenciais à edificação da República pós-1988.

Estabelecidas estas premissas, chega-se um impasse que deve ser solucionado. A Constituição Federal reconhece direitos sociais cuja implementação demandam uma política pública. Além disto, qualquer ação estatal é condicionada pelo princípio da transformação social, isto é, os avanços sociais são um compromisso estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Quando não implementados pelos órgãos eleitos para fazer cumprir os comandos constitucionais, natural que esses direitos sejam reivindicados no Poder Judiciário, o qual deverá apreciar a demanda, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A justificação para a intervenção judicial é farta e decorre da própria Constituição federal. Não obstante, existem críticas a esta atuação, que devem ser examinadas. Feita esta breve digressão, passa-se à análise das objeções existentes à intervenção judicial em políticas públicas.

5 Objeções à intervenção judicial em políticas públicas

Como visto, o reconhecimento de uma ordem constitucional pós-1988, conducente à implementação de um projeto desenvolvimentista através da concreção de políticas públicas independe da agenda do detentor momentâneo do poder estatal, por se tratar de condicionante

31 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006.

ao exercício deste mesmo poder na moldura prevista na Constituição Federal. Não obstante, o reconhecimento da realidade fática que dá substrato à imposição jurídica constitucional não pode passar ao largo de outro óbice, igualmente fático: a implementação dos direitos sociais não raro demandam custos financeiros, os quais são limitados. Segundo Ana Paula de Barcellos:

Estabelecida essa premissa - isto é: políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais -, o fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais - do Executivo, do Legislativo e do Judiciário- envolve dispêndio permanente de recursos públicos, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos.³²

Além da crítica referente à insuficiência de recursos, que será abordada em tópico posterior, para a implementação dos direitos sociais, existem outros óbices que podem ser definidos em três espécies: a) crítica da teoria da Constituição; b) crítica filosófica; c) crítica operacional.

5.1 Teoria da Constituição

Para a crítica fundamentada na teoria da Constituição, questiona-se a legitimidade de o Poder Judiciário, sob o pretexto de interpretação do direito constitucional, imiscuir-se em seara cujo desenho institucional reservou ao Poder Executivo. Sob este prisma de análise, o tema das políticas públicas está reservado à deliberação política majoritária³³.

Tal crítica não se sustenta. É certo que a Constituição Federal dá autonomia aos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento, bem como na sua execução e controle. Então a definição das finalidades das políticas e do quantitativo a se despender são decisões reservadas à esfera política. Contudo, a negação da intervenção judicial diante do impasse causado pela inação implica, necessariamente, na negação de um direito reconhecido constitucionalmente.

A título elucidativo, pode-se citar uma situação hipotética. Um município, com gestão plena de saúde³⁴, nega na seara administrativa a diversos pacientes a realização de um tratamento essencial para a sobrevivência, cujo procedimento é reconhecido pelo Sistema Único de Saúde, alegando, sem qualquer comprovação, insuficiência de recursos financeiros. Este grupo de pacientes busca o Ministério Público para relatar a situação e solicitar providências. O Ministério Público, após regular instrução do inquérito civil, ajuíza ação civil pública buscando compelir o referido município a realizar o tratamento, invocando, entre outros argumentos, o direito à saúde e à vida como fundamentos constitucionais para a intervenção na política pública de saúde.

Ainda neste exemplo, caso aceita a crítica da teoria da constituição, a intervenção judicial seria ilegítima, porque haveria invasão de um poder à esfera constitucionalmente reservada a outro, no caso o Poder Executivo. O resultado da aceitação desta tese defensiva do município seria evidente: a negativa de tratamento potencialmente causará o óbito dos enfermos.

32 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

33 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

34 BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 384 de 2003**. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/prt0384_04_04_2003.html Acesso em 31 ago. 2021.

Observa-se que a aceitação irrestrita da crítica poderá causar graves violações aos direitos humanos. Estes motivos, por si só, são suficientes para demonstrar a insubsistência destas objeções. Contudo, e retomando o exame teórico, Ana Paula de Barcellos³⁵ defende que as normas jurídicas, entre elas os princípios, contêm um conteúdo nuclear e não-nuclear. Mais próximo ao núcleo reside um conteúdo não-negociável, que deve ser interpretado como regra a ser cumprida, independentemente da vontade política. Por sua vez, o campo não-nuclear permite uma maior discussão política e, neste espaço, cabe às maiorias políticas realizar suas escolhas.

No exemplo citado, o tratamento médico já reconhecido pelo SUS deve ser fornecido pelo município, independentemente de sua vontade política, uma vez que se trata do comando nuclear dos direitos à saúde e à vida.

Ainda sob o aspecto da teoria da constituição, constatam-se outros fundamentos para a intervenção judicial diante da inação estatal. Segundo Barcellos, o debate democrático apenas ocorre quando os indivíduos possuem condições básicas de uma existência digna, fato de maior relevância em sociedades amplamente desiguais, como a brasileira. Segundo a autora:

O ponto não é novo, nem especialmente complexo. Em condições de pobreza extrema ou miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada. Nesse ambiente, o controle social de que falavam os críticos do controle jurídico apresenta graves dificuldades de funcionamento. Há mais, porém.

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares - frequentemente norteadas pela troca de favores - , seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes.³⁶

O segundo ponto tratado por Barcellos³⁷ e já demonstrado em tópicos anteriores se refere à fronteira entre o direito constitucional e a política. Com efeito, cada contexto social e cada texto constitucional delimitam, com maior ou menor grau, os campos delegados ao direito e à política. Em constituições mais sintéticas e com menos garantias de direitos sociais, é natural que o campo da política seja mais alargado. No contexto constitucional pós-1988, contudo, não há dúvidas de que existe vinculação do administrador eleito à realidade fática e às normas jurídicas existentes na Constituição. Segundo Ana Paula de Barcellos³⁸:

A deliberação majoritária que deu origem, no Brasil, à Carta de 1988, pode ter decidido conferir um espaço mais amplo ao direito, e impor maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, do que, e.g., a Constituição da Noruega ou do Chile.

E embora as decisões veiculadas nas Constituições possam ser legitimamente criticadas e interpretadas de forma mais restrita ou abrangente em função do arcabouço teórico em pregado pelo intérprete, elas certamente não podem ser ignoradas. Seria no mínimo irônico que o teórico do direito, a pretexto de defender o espaço democrático, ignorasse

35 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

36 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

37 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

38 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

a deliberação majoritária concretizada na Constituição, para substituí-la por sua própria convicção sobre a matéria.

O terceiro ponto de análise sobre a teoria da Constituição se relaciona com a uma suposta relação binária entre o direito e a política, como se a opção por uma das abordagens excluísse a outra. A crítica é inconsistente, na medida em que a defesa judicial dos direitos sociais e dos princípios constitucionais se dá dentro de um gradiente de proteção, isto é, a atuação judicial deve ocorrer a fim de não se negar a existência do direito, mas de forma parcimoniosa. A implementação plena de outros aspectos acessórios do direito social, por se tratar de conteúdo não-nuclear, faz parte do campo de decisão político.

Há, portanto, dentro da conjuntura social brasileira e do texto constitucional de 1988, um condicionamento jurídico à ação política, que deve ser impulsionada à redução das desigualdades o que, conseqüentemente, exige dos mandatários a implementação de direitos sociais através da implementação de políticas públicas. E, na hipótese da ausência ou deficiência de implementação, é possível a intervenção judicial para garantia de seu núcleo mínimo de ação.

5.2 Crítica filosófica

Superadas as questões referentes à teoria da Constituição, é possível constatar que existem críticas na seara filosófica, referentes a um possível déficit de legitimidade dos magistrados. O questionamento contrapõe a legitimidade daqueles que foram eleitos para a finalidade de implementação das expectativas constitucionais e aqueles cujo papel seria, primariamente, a aplicação das leis.

A fim de superar a crítica filosófica, Barcellos defende que devem existir fundamentos para sua realização, sob pena de se substituir o conjunto de decisões proferidas por quem foi democraticamente eleito pela mera opinião de um magistrado. Portanto, os fundamentos filosóficos para a intervenção se subdividem em jurídico, moral ou técnico-científico. Segundo a autora³⁹:

Inexistente qualquer desses três fundamentos - jurídico, moral ou técnico-científico - coincide perfeitamente a crítica examinada neste ponto. Não haverá fundamento algum, legítimo, com base no qual o juiz possa fazer a sua opinião prevalecer sobre a dos agentes públicos democraticamente eleitos. Se o juiz não pode recorrer a um fundamento normativo claro - que traz em si a legitimidade democrática própria associada a sua elaboração - e se sua decisão não se reconduz a um imperativo moral ou técnico, sua opinião, na realidade, é apenas isso: uma opinião, sem qualquer valor intrínseco especial. E entre opiniões equivalentes, terá maior valor aquela que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente.

Voltando ao exemplo hipotético do tratamento médico negado pelo Município, a intervenção judicial respeita todos os parâmetros citados pela autora. Existe fundamento jurídico (defesa dos direitos fundamentais à vida e à saúde), moral (a negativa do tratamento trará conseqüências nefastas para os jurisdicionados) e técnico-científico (o tratamento é reconhecido pelo próprio Sistema único de Saúde como o indicado). A intervenção judicial, portanto, é legítima e deve ser realizada.

39 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

5.3 Crítica operacional

A terceira crítica realizada se refere à contraposição entre a “micro-justiça”, isto é, o problema levado ao Poder Judiciário por aquele que teve furtado um determinado direito fundamental e a “macro-justiça”, isto é, a aplicação integral da política pública. Segundo Ana Paula de Barcellos, a crítica se volta ao fato de que o jurista não detém todas as informações sobre a totalidade da política pública, conhecidas, em tese, pelo administrador. Neste contexto, *“ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.”*⁴⁰

Com efeito, as distorções na política pública podem existir quando a judicialização individual e pulverizada não contempla sua totalidade, como sói ocorrer nas demandas de saúde. Segundo o Conselho Nacional de Justiça⁴¹:

Ainda que amparada no acesso ao direito à saúde garantido na Constituição Federal, a judicialização interfere na administração dos recursos de saúde, com impacto no planejamento das três esferas de governo: municipal, estadual e federal. Entre 2008 e 2017, foi registrado aumento de 130% nas ações de saúde, conforme o levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ) “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”.

Os dados apontam que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos em primeira instância, distribuídos em 17 tribunais estaduais de justiça; e 277.411 processos em segunda instância, distribuídos em 15 tribunais de justiça estaduais. O impacto no orçamento do Ministério da Saúde foi um aumento de 13 vezes nos gastos em atendimento a demandas judiciais: em 2016, chegou a R\$ 1,6 bilhão.

Portanto, não se deve ignorar as críticas atinentes às questões operacionais, uma vez que a implementação de um direito no caso concreto de forma pulverizada em milhões de demandas, pode atrapalhar a implementação da política pública em sua integralidade.

Para Ana Paula de Barcellos⁴², é possível estabelecer critérios para a superação da crítica operacional, nos seguintes termos:

No primeiro bloco, será possível controlar, em abstrato, (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público, e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

Os dois primeiros parâmetros dizem respeito ao objeto das políticas públicas. Com efeito, cabe ao administrador eleito escolher as prioridades de seu governo, desde que respeitados os parâmetros mínimos previstos na Constituição. Em termos práticos, ainda que o representante

40 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

41 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2019. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf> Acesso em 31 ago. 2021.

42 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

eleito defenda uma agenda política não-intervencionista e liberal sob o ponto de vista econômico, não pode, sob tal premissa, não implementar as ações de saúde pública preconizadas pela Constituição Federal e legislação de regência.

No tocante ao resultado esperado da política pública, mesmo que esteja contemplada como meta para o governante, sua aplicação na prática poderá ser frustrada, razão pela qual é possível o controle quando não cumpridas as metas assumidas pelo próprio estado. Segundo Barcellos⁴³:

Veja-se ainda um exemplo envolvendo o direito fundamental a prestações de saúde. Imagine-se que os indivíduos têm direito subjetivo ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da tuberculose e ao controle da hipertensão, sobretudo se por eles não possam pagar. Do ponto de vista do Poder Público, portanto, o fornecimento de tais medicamentos constitui uma meta necessária de suas políticas públicas para o setor. Sua não inclusão no orçamento ou no plano de execução orçamentária poderá ensejar controle específico. Em um segundo momento, suponha-se que os remédios não são de fato oferecidos à população. O controle do resultado final consistiria na possibilidade de o juiz determinar ao Poder Público o oferecimento obrigatório dos medicamentos referidos.

Em relação à quantidade de recursos a ser aplicada, por se tratar de previamente fixada pela Constituição Federal (percentuais mínimos) e pelas leis orçamentárias, não há maiores questionamentos quanto à possibilidade de controle judicial, uma vez que tais descumprimentos são frontais às normas jurídicas e não demandam a implementação de uma política pública propriamente dita. Trata-se de relação de subsunção clássica à norma jurídica que, se descumprida, desafia a intervenção do Poder Judiciário. A este ente não cabe definir o quantitativo de recursos, mas apenas determinar o cumprimento de normas previamente estabelecidas.

No tocante ao quarto parâmetro, qual seja, o atingimento das metas, não se trata de eleição das metas em si, uma vez que estas são escolhidas pelo detentor de mandato dentro dos parâmetros constitucionais. Cuida-se, em verdade, de uma prestação de contas do administrador para com a população em geral. Segundo Barcellos⁴⁴:

O objeto a ser controlado aqui não é propriamente o conteúdo das metas: elas terão sido definidas pelas instâncias majoritárias. Também não se cuida aqui de punir o administrador que não atingiu as metas por ele mesmo fixadas. É certo que muitos eventos imprevistos e imprevisíveis podem ocorrer ao longo da execução orçamentária, de modo que as metas previstas originariam ente podem ter de sofrer adaptações. O controle que se pretende aqui é instrumental e, a rigor, seu objetivo central é obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público e o controle social do tema. Trata-se de um pedido de prestação de contas, cabendo ao Poder Público explicitar o cumprimento da meta que havia estabelecido ou justificar suas opções. Apenas isso.

O quinto e último parâmetro citado por Ana Paula de Barcellos se refere à eficiência na aplicação dos recursos públicos. Neste caso, o controle não é sobre o quantitativo aplicável, previsto em lei. Trata-se, em verdade de exame sobre a aplicação do princípio da eficiência na administração pública na gestão dos recursos utilizados na implementação da política pública.

43 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

44 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit.

5.4 Reserva do Possível: a Constituição “cabe no PIB”

Outra objeção comum à judicialização das políticas públicas resulta na comum defesa da “reserva do possível”, consistente na tese defensiva de que o estado não poderia implementar um determinado direito social por ausência de recursos financeiros. Para alguns autores, a crítica comum seria resumida da frase “a Constituição não cabe no PIB”:

Os críticos consideram ingênua a “inflação de direitos” promovida nesse processo. Alertam para o fato de que, como disse certa vez um jurista, “a Constituição não cabe no PIB”. Haveria um excesso de direitos, correspondentes a aspirações sociais cuja satisfação depende da macroeconomia, da organização dos setores produtivos, da inserção do Estado na economia mundial, enfim, de variáveis estranhas ao direito. Para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis.⁴⁵

O argumento não se sustenta nem sobre o ponto de vista jurídico, nem sob o prisma econômico. Juridicamente, como já demonstrado, a exigência da transformação social e a positivação constitucional de diversos direitos sociais impede que tais direitos, ao menos em seu conteúdo mínimo, seja negado. Nesta senda o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência no sentido de deslegitimar a exceção da “reserva do possível” na aplicação de direitos fundamentais, possibilitando a intervenção judicial para garantia de um mínimo de implementação do direito:

A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.⁴⁶

Portanto, a alegação de poucos recursos como justificativa para a negação de um direito fundamental não é defensável do ponto de vista jurídico, realidade esta reconhecida pela Suprema Corte.

Sob o ponto de vista da economia, igualmente, a defesa não se sustenta. Para a economia, são problemas fundamentais justamente a escassez e as escolhas humanas diante desta circunstância. Eventual escassez de recursos não é impeditivo para que toda uma ciência social aplicada (a economia) floresça, decorrente justamente da análise desta característica. Portanto, a alegação de escassez não pode ser considerada o fim da discussão sobre a implementação de direitos, mas seu ponto de partida. Sobre o papel da escassez na análise econômica:

Se colocarmos no papel ou papiro a escala dos problemas, o economista colocará em primeiro lugar a escassez e, talvez em segundo lugar, escassez e escolha, ambos juntos, defendendo-se sua coexistência ou relação causal entre ambos. A lista, é claro, será infinita para o economista; no entanto, o fato de que o custo, a utilidade, o crescimento

45 BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit.

46 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 172136**. 2020.

econômico ou os ciclos ou o dinheiro, ou mesmo eu, não vêm em primeiro lugar é crucial para a perspectiva da economia.

Por esta razão, sempre foi consenso entre os economistas que o problema central da economia é a escassez, de onde germinam os quebra-cabeças básicos que as sociedades têm que desvendar e brotam seus azedos e estimulantes frutos para o cérebro.⁴⁷⁴⁸ (ADESINA, 2017)

Sobre a viabilidade da alegação de insuficiência de recursos, Élide Graziane Pinto⁴⁹ defende que, em verdade, existem espaços de “penumbra orçamentária”, sendo ônus do administrador indicar judicialmente o custeio ou sua impossibilidade. Segundo esta autora:

Uma vez eleitas como prioritárias as políticas públicas, na forma de programas de duração continuada do quadriênio regido pelo plano plurianual e em consonância com as diretrizes orçamentárias de cada exercício, a execução orçamentária deveria ser, tanto quanto possível, aderente ao planejamento, salvo motivo que atestasse comprovadamente haver necessidade de trajetória diversa.

(...)

O inadimplemento de obrigação constitucional ou legal de fazer – que ampara a eficácia de direito fundamental – gera presunção relativa de irregularidade das despesas discricionárias que lhe constrangeram a eficácia, haja vista o respectivo custo de oportunidade na ordenação inconstitucional ou ilegal de prioridades alocativas.

Desse modo, caso o gestor não se desincumba do ônus da motivação individualizada de cada qual das despesas discricionárias (incluídos aqui os gastos tributários), sua anulação passa a ser fonte de custeio potencial para a consecução das despesas que forem judicialmente determinadas em prol das obrigações constitucionais ou legais de fazer, que, por seu turno, amparam os direitos sociais.⁵⁰

Sendo assim, a defesa de “reserva do possível” não pode ser um fator extintivo do direito social constitucionalmente erigido. Cuida-se, em verdade, no máximo de um reconhecimento jurídico da existência e viabilidade do direito pleiteado em Juízo., conforme artigo 90 do Código de Processo Civil, podendo se discutir tão-somente aspectos secundários do cumprimento da obrigação, como tempo, modo e grau.

Ora, se o administrador reconhece a viabilidade do direito mas alega insuficiência de recursos, cabe ao mandatário: a) indicar judicialmente os pontos orçamentários que inviabilizam o cumprimento momentâneo da obrigação; b) caso não haja esta demonstração, que seja

47 No original, “If we shall construct with pen and thought on paper or papyrus the scale of problems, the economist will put first, scarcity, and maybe second scarcity and choice—both together, arguing for the coexistence or causal relationship between both. The list, of course, will run endless for the economist; yet, the fact that cost or utility or economic growth or cycles or money, or even I, does not come first is crucial to the perspective of economics. It has, for this reason, always been agreed to among economists that the central problem of economics is scarcity, from which basic economic puzzles societies have to unravel germinate and bud their sour, brain-tasking fruits.” (tradução livre).

48 ADESINA, Abiodun Adelere. The measure of scarcity. A Paper prepared for presentation at the 4th Annual Economics Students’ **Conference on Economic Value Chain in Africa: the Role of Energy and Finance**. Fevereiro, 2017. Disponível em https://www.academia.edu/download/51847681/The_Measure_of_Scarcity_-_Presentation.pdf Acesso em 31 ago. 2021

49 PINTO, Élide Graziane. **Indicação judicial de fonte de custeio desvendará penumbras orçamentárias**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-23/contas-vista-indicacao-judicial-fonte-custeio-desvendara-penumbras-orcamentarias> Acesso em 31 ago. 2021.

50 PINTO, Élide Graziane. *Ibid.*

imediatamente cumprida ou; c) na hipótese de ausência momentânea de recursos, e, em se tratando que programa de maior complexidade, apresentação judicial de um plano de implementação do direito, o qual fora tacitamente reconhecido ao se utilizar da defesa da “reserva do possível”.

6 Considerações finais

O contexto histórico-social brasileiro não abre espaços para a negação da desigualdade social. Sua constatação é essencial para a compreensão da magnitude do debate sobre a implementação de políticas públicas. Além disto, o reconhecimento desta realidade confere juridicidade ao compromisso constitucional de redução das desigualdades sociais, configurando-se em condicionante para a ação estatal e verdadeiro princípio, denominado princípio da transformação social.

Por ser uma condicionante da ação estatal, a implementação de direitos sociais é exigência que, caso descumprida, pode ser exigida judicialmente. Certamente sua exigência judicial não significa a transferência integral da discussão sobre as políticas públicas para o universo dos magistrados, que não foram eleitos para tal função. A intervenção deve se realizar de forma parcimoniosa, a fim de se legitimar uma ação que garanta o mínimo de fruição aos direitos sociais e, por conseguinte, faça valer o comando de transformação social.

Além disto, sob o prisma jurídico, deve-se superar a alegação vazia de insuficiência de recursos, cabendo ao estado, quando comprovada sua impossibilidade momentânea de implementação do direito social, demonstrar ao Judiciário um plano de implementação da política pública exigida para a defesa dos direitos sociais.

As críticas trazidas pela doutrina (teoria da constituição, filosófica, operacional ou financeira) são importantes para estabelecimento de parâmetros de atuação judicial. Não obstante, sua incorporação irrestrita como óbice à intervenção judicial acarretaria o descumprimento dos comandos constitucionais, retirando qualquer força normativa da Constituição.

Apenas com a implementação efetiva de políticas públicas que concretizem os comandos constitucionais definidores de direitos sociais pode-se mitigar os efeitos da desigualdade social histórica e possibilitar uma cidadania substancial e não meramente formal.

Este estudo cuida, por fim, da propositura de solução para um impasse decorrente da inação de uma determinada parcela do Estado. A defesa da impossibilidade de intervenção judicial – e, conseqüentemente, defesa do próprio impasse – como solução serve apenas como instrumento de manutenção do *status quo*, o que é vedado pelo próprio texto constitucional.

Referências

ADESINA, Abiodun Adelere. **The measure of scarcity**. A Paper prepared for presentation at the 4th Annual Economics Students' Conference on Economic Value Chain in Africa: the Role of Energy and Finance. Fevereiro, 2017. Disponível em https://www.academia.edu/download/51847681/The_Measure_of_Scarcity_-_Presentation.pdf Acesso em 31 ago. 2021.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti: **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008 pp. 111-147

BRASIL, **Código de Processo Civil. Lei nº 13.015**. 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 31 ago. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2019. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf> Acesso em 31 ago. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2020. **Soluções construídas pelo CNJ buscam reduzir judicialização da saúde**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/> Acesso em 31 ago. 2021.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Disponível em/ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 30 ago. 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 384 de 2003**. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/prt0384_04_04_2003.html Acesso em 31 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 172136**. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. (Pp. 326-327)

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 26ª Ed. Rio de Janeiro, ed. Civilização Brasileira, 2020.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967 apud SILVA, Juvêncio Borges e SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil in **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-54, jan./abr.

2018. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/972> Acesso em 31 ago. 2021.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **O conceito de Carta Política na Constituição Federal de 1988: freios político-jurídicos ao Estado de não-Direito**. Londrina, Thoth, 2021.

PINTO, Élide Graziane. **Indicação judicial de fonte de custeio desvendará penumbras orçamentárias**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-23/contas-vista-indicacao-judicial-fonte-custeio-desvendara-penumbras-orcamentarias> Acesso em 31 ago. 2021.

SILVA, Juvêncio Borges e SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Cidadania: uma leitura a partir do sistema escravista e suas implicações na (de) formação das práticas republicanas no Brasil in **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 13-54, jan./abr. 2018. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/972> Acesso em 31 ago. 2021.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas *in* **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> Acesso em 15 ago. 2021.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de in CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Almedina, 2013.