



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

A judicialização de políticas públicas: a razoabilidade e proporcionalidade como parâmetros de controle legal

The judicialization of public policies: reasonability and proportionality as parameters of legal control

Gabriel Bittencourt

RESUMO: Buscou o presente trabalho analisar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, bem como os meios que poderiam ser utilizados pelos magistrados para, no caso concreto, verificar o descumprimento constitucional. Utilizou-se como hipótese preliminar a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como meios de análise de violação a esses direitos, e, da mesma forma, como poderiam ser adotadas medidas para sanar a violação. Conclui-se que, em que pese haver fundamentos para o referido controle, o mesmo deve ocorrer na menor intensidade possível.

PALAVRAS-CHAVE: políticas públicas; razoabilidade; proporcionalidade; direitos fundamentais.

ABSTRACT: This paper sought to analyze the possibility of judicial control of public policies, as well as the means that could be used by magistrates to verify constitutional noncompliance in this case. The use of proportionality and reasonableness as a means of analyzing the violation of these rights was used as a preliminary hypothesis and, likewise, how measures could be taken to remedy the violation. It is concluded that, although there are grounds for such control, it should occur at the lowest possible intensity.

KEYWORDS: public policy; reasonableness; proportionality; fundamental rights.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p163-181>

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETROS DE CONTROLE LEGAL

*Gabriel BITTENCOURT**

1 Introdução; 2 Das políticas públicas enquanto concretizadoras de direitos constitucionais; 3 A proporcionalidade e razoabilidade; 4 O controle judicial de políticas públicas; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Com advento da Constituição Federal de 1988, instituiu-se, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, tendo como visão principal às garantias individuais e a promoção de ações afirmativas pelo Estado para concretização de certos direitos.

Contudo, após 30 anos, o que se vê é um completo desleixo do Estado na realização das determinações constitucionais, quer seja não concretizando políticas públicas, ou realizando as mesmas de formas equivocadas.

Nesse sentido, iniciou-se uma verdadeira judicialização das políticas públicas, visando, através de tutelas jurisdicionais, determinação para satisfação de direitos constitucionais.

Por um lado, viu-se diversas contestações judiciais acerca da legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas. Por outro lado, viu-se diversas decisões judiciais completamente equivocadas realizando o controle de forma indevida.

Busca o presente trabalho analisar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, bem como os meios que podem ser utilizados pelos magistrados para, no caso concreto, verificar o descumprimento constitucional.

Utiliza-se como hipótese preliminar a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como meio de análise de violação a esses direitos, e, da mesma forma, como poderão ser adotadas medidas para sanar a violação.

*Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (Rio de Janeiro, RJ – Brasil). Pós-graduado em Ordem Jurídica pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. (Rio de Janeiro, RJ – Brasil). Advogado. E-mail: gsb.direito@yahoo.com.br

2. Das Políticas Públicas Enquanto Concretizadoras de Direitos Constitucionais

Diferente das constituições anteriores, a Constituição de 1988 buscou reforçar a primazia pelos direitos e garantias fundamentais, daí ser intitulada de *Constituição Cidadã*. Tal fato se deve a mudança de entendimento global do papel estatal, mas, principalmente, da saída brasileira de um regime militar marcada por supressão de direitos.

Logo em seu art. 1º, institui como fundamento da República a dignidade humana, já em contrassenso as constituições anteriores. Posteriormente, elenca diversos direitos individuais e sociais, os quais constituem cláusula pétrea.

A topografia acima explicitada demonstra a mudança de pensamento da nova constituição. Isso porque, antes de se quer organizar a máquina estatal, primeiro, garante-se os direitos do cidadão, e, inversamente, limites ao poder estatal.

Conforme afirmado por Ingo Sarlet, os fatores acima expostos demonstram “fundamentalidade” dos direitos fundamentais no sistema constitucional vigente, de modo que, toda ação estatal, quer seja atos executivos, elaboração de leis ou decisão judicial, deve sempre, ter como norte e limite, os referidos direitos. (SARLET, 2012, p. 59).

Cabe, então, agora entender o que são direitos fundamentais e qual sua eficácia constitucional. Antes, porém, ressalta-se que a conceituação e possível delimitação dos direitos fundamentais no presente estudo leva-se em conta a atual constituição vigente no Brasil, vez que em cada constituição há balizadores próprios, de modo que, um determinado direito fundamental em um país poderá não ser em outro. (SARLET, 2012, p. 81)

O doutrinador Ingo Sarlet define direitos fundamentais como:

(...) todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (SARLET, 2017, p. 401).

De tal conceituação, é possível inferir que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 estão além do Título II. Isso porque, embora o constituinte originário tenha elencado certo rol de direitos previstos no referido título, de igual forma, institui outros direitos no decorrer do texto constitucional, de acordo com tema abordado.

O próprio artigo 5º, §2º, ao mencionar “os direitos e garantias expressos nesta Constituição” deixa latente que os direitos fundamentais não se esgotam no Título II. Em igual sentido, o STF já proferiu diversas decisões reconhecendo os direitos que não aqueles do referido título, como direito à saúde, anterioridade tributária, entre outros.¹

No que concerne a eficácia dos direitos fundamentais, a principal problemática reside na norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em primeiro lugar, a doutrina é quase que unânime em afirmar que, em que pese a referida norma estar contida no Título II da Constituição, seu texto alcança todas aos direitos fundamentais contidos no decorrer da Lei Maior, como anteriormente explicitado.

Na verdade, a confusão reside no termo “aplicação imediata” do referido parágrafo. Ao inserir o termo supracitado, o constituinte originário atribuiu aos direitos fundamentais plena eficácia jurídica.

Sobre eficácia jurídica, entende-se que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 revogou qualquer norma em contrário a eles. De igual modo, baliçou o legislador na confecção de legislações futuras.

É de se ressaltar, contudo, que nem todas os direitos fundamentais gozam de efetividade, também denominada eficácia social. Isso porque alguns direitos fundamentais são normas constitucionais programáticas que dependem de uma ação estatal para sua concretização.²

Em outros termos, quando o art. 5º afirma que “é livre a manifestação do pensamento”, a referida norma goza de plena efetividade, na medida em que não há nenhuma dependência de uma atividade futura estatal. Pelo contrário, a norma visa

¹Recurso extraordinário – Emenda Constitucional nº 10/96 – Art. 72, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) - Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) – Alíquota de 30% (trinta por cento) - Pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 – Alegada violação ao art. 195, § 6º, da Constituição Federal. 1. O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. 2. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado. 3. A emenda Constitucional nº 10/96, especialmente quanto ao inciso III do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – objeto de questionamento - é um novo texto que veicula nova norma, e não mera prorrogação da emenda anterior. 4. Hipótese de majoração da alíquota da CSSL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91. 5. Necessidade de observância do princípio da anterioridade nonagesimal contido no art. 195, § 6º, da Constituição Federal. 6. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL,2011)

²É de se ressaltar que, em que pese haver diversas discussões doutrinárias a respeito da eficácia das normas constitucionais, o presente estudo se limitará apenas aos direitos fundamentais.

limitar possível censura do Estado ao cidadão, garantido o pleno exercício democrático.

Por outro lado, quando o art. 205 garanti o direito à educação, em que pese ser um direito constitucional, o mesmo não goza efetividade, vez que o pleno gozo do direito depende de ações afirmativas do Estado, as quais são manifestadas através de políticas públicas.

Como visto anteriormente, muitos direitos fundamentais dependem da ação estatal para terem eficácia social, as quais são concretizadas através de políticas públicas. Nas palavras de Juliana Maia Daniel:

(...) políticas públicas são programas de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo orçamentário, processo de governo, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e suas atividades privadas para realização de objetivos relevantes e politicamente determinados. (DANIEL, 2013, p. 114).

No mesmo diapasão, é sabido que a implementação das referidas políticas é função do Poder Executivo, atuando como Administração Pública, sendo certo que para tal, gozará de certa discricionariedade. Sobre tal, dois pontos merecem serem abordados no presente estudo: o limite da discricionariedade da Administração Pública e a possibilidade de seu controle judicial.

O doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2014, p. 171) aduz que a discricionariedade é um verdadeiro princípio do Direito Administrativo. Para doutrina clássica, os atos administrativos estariam divididos em dois pontos: a legalidade e mérito. À primeira, haveria uma vinculação legal, enquanto à segunda, em regra, haveria critério de conveniência e oportunidade, residindo no motivo e objeto do ato, cuja discricionariedade seria do administrador. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 110).

Em primeiro lugar, é certo que todo ato administrativo, quer seja classificado como discricionário ou vinculado, deve ter como norte os ditames constitucionais, não só do clássico art. 37, com seus princípios da Administração Pública, mas o ordenamento constitucional como um todo.

Outrossim, um dos elementos do ato administrativo é sua finalidade, a qual sempre será satisfazer o interesse público. Ora, em matéria de políticas públicas, o interesse público está ligado os direitos fundamentais constitucionais. Desse modo, toda política pública, mesmo que expressa através de ato administrativo, terá como embasamento primário a constituição.

Some-se a isso o fato de que a discricionariedade é, se não, o poder concedido ao administrador pelo legislador para adequação do caso real à vontade legal. Nesse giro, todo ato administrativo, quer seja discricionário ou não, encontrará limites na constituição ou nas normas infraconstitucionais, expresso na finalidade do ato. (BURGO, 2013, p. 74).

O segundo ponto a ser analisado é a possibilidade de controle da política pública, manifestada através de atos administrativos pelo Poder Judiciário. Doutrina e jurisprudência clássica entendiam que, sendo o mérito administrativo cingido de discricionariedade, não se poderia haver controle judicial quanto ao mérito, mas somente quanto a legalidade do ato.³

Isso porque se entendia que a Constituição, ao estabelecer a separação de poderes, delegou ao Poder Executivo a discricionariedade no implemento dos planos de governo, o qual era, no máximo, limitado pelo Poder Legislativo ao criar normas regulamentares.

Contudo, em boa hora, há nítida mudança doutrinária e jurisprudencial. Em primeiro lugar, em evolução à lição clássica de Montesquieu, não se entende mais existir uma separação de poderes, mas sim uma separação de funções. Isso porque o poder do Estado é uno, o qual, segundo a Constituição, emana do povo.⁴ O que se há, na verdade, entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário é uma separação de funções. (ZANETI JUNIOR, 2013, p. 48).

Nesse diapasão, o Poder Judiciário é o “intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico” (SADEK, 2013, p. 15). Não por outro motivo, a Constituição, em seu art. 5º, XXXV garante que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS NAS IMPORTAÇÕES. LIMITAÇÃO A DATA DA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE IMPORTAÇÃO. DESLOCAMENTO DA DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO ART. 6. DO DECRETO-LEI N. 2.434/88. IMPOSSIBILIDADE. 1. A isenção fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista o interesse social. E ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. O termo inicial de vigência da isenção, fixada a partir da data da expedição da guia de importação, não infringe o princípio da isonomia tributária, nem desloca a data da ocorrência do fato gerador do tributo, porque a isenção diz respeito a exclusão do crédito tributário, enquanto o fato gerador tem pertinência com o nascimento da obrigação tributária. 2. Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo. Precedente. Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 1994)

⁴Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ora, como explicitado anteriormente, as políticas públicas visam efetivar certos direitos fundamentais, de maneira que, não havendo a satisfação desse direito, haverá uma lesão a um direito, previsto diretamente na constituição, justificando, assim, o controle pelo Poder Judiciário.

No mesmo giro, ainda que sob a ótica clássica da separação de poderes, há a teoria dos freios e contrapesos, a qual aduz que um poder serve, respeitando a harmonia, para controlar e limitar o outro. Desse modo, ocorrendo um descontrole do Executivo, seja omissivo ou comissivo, caberia ao Judiciário sua apreciação.

Em boa hora, tal posicionamento vem sendo adotado pelos Tribunais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) Mas, ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia (...) (BRASIL, 2016)

3. A proporcionalidade e razoabilidade

Visto que há a possibilidade de controle de políticas públicas pelo judiciário, é mister que o mesmo não seja feito de forma descontrolada, sem parâmetros e diretrizes. Para isso, deve-se usar a proporcionalidade e razoabilidade.

Em primeiro lugar, doutrina e jurisprudência predominante afirmam que a proporcionalidade é um princípio, e que a razoabilidade estaria contida dentro da proporcionalidade. A dissociação entre eles estaria apenas na origem, na medida em que um se originaria do sistema *common law* e outro do *civil law*.

Contudo, tais visões merecem críticas. Pela teoria clássica de Robert Alexy (ALEXY, 2008, p. 90), “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Por tal fundamento, o próprio Alexy já entendia que os princípios e a proporcionalidade estariam intimamente ligados, na medida em que ambos dependiam de “possibilidades jurídicas e fáticas” para sua efetivação em menor ou maior grau (ALEXY, 2008, p. 117).

Numa visão mais moderna, aparece as lições de Humberto Ávila (ÁVILA, 1998, p. 168), o qual define princípio como “imediatamente de finalísticas e mediatamente de conduta”. Ora, em ambas as classificações se percebe que a proporcionalidade não poderia ser um princípio. Isso porque a mesma não teria “como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações” (SILVA, 2002, p. 25). Na verdade, Robert Alexy, devido a uma subdivisão em duas, ou em

princípio ou regra, classifica a proporcionalidade apenas como uma máxima. (ALEXY, 2008, p. 116).

A solução parece ser encontrada na nova subdivisão de Humberto Ávila, pois, além de princípio e regra, o mesmo afirma que norma também se subdivide em postulado normativo, o qual pode ser definido como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”, ou, ainda, uma *metanorma*. (ÁVILA, 2005, p. 88-89).

E o mesmo autor atribui à proporcionalidade a natureza jurídica de postulado normativo. (ÁVILA, 1999, p.170). Desse modo, percebe-se que a proporcionalidade, e, conseqüentemente, a razoabilidade, serão balizadores, instrumentos, estruturas de aplicação dos princípios constitucionais, principalmente quando houver algum tipo de colisão entre eles.

Outro ponto a ser abordado é a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade. É certo que, para doutrina majoritária, e da jurisprudência, a razoabilidade estaria contida dentro da proporcionalidade, não sendo aquela independente desta. (BARROSO, 2010, p. 295).

Em sentido contrário, há visões de doutrinadores como Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva que defendem suas independências, sem negar sua aplicação sistemática.

Da análise de diversas obras, pode-se concluir que a distinção entre a proporcionalidade e razoabilidade reside em três campos, quanto à origem, ao fundamento e à aplicação.

Quanto à origem, a razoabilidade teria surgido do direito anglo-saxão, aparecendo pela primeira vez na Magna Carta inglesa, de 1215⁵, estando ligada a ideia do devido processo legal. Já a proporcionalidade tem origem no direito administrativo alemão, sendo estabelecido como um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa.

Quanto ao fundamento, a proporcionalidade tem como fundamento as ciências exatas, e na filosofia do pragmatismo⁶, trazendo critérios mais objetivos. Já a razoabilidade tem base na filosofia do racionalismo crítico, trazendo critérios mais subjetivos.

⁵Em sentido contrário, Willis Santiago Guerra Filho crítica a visão que a origem estaria na Magna Carta inglesa, na medida em que no referido documento se fala em irrazoabilidade. (SILVA, 2002 p. 30)

⁶Sobre pragmatismo jurídico: “Percebe-se, então, que o Pragmatismo Jurídico se vale, enquanto técnica de decisão, de metodologia comparativo-consequencialista. Dito método implica em que se proceda ao cotejo entre as possíveis hipóteses de solução de um caso específico e os seus respectivos desdobramentos, as suas conseqüências de ordem prática no contexto social. Disto decorre que, em razão dos possíveis efeitos da decisão, o operador deverá buscar em outras fontes do conhecimento, que não só o jurídico, os parâmetros e fundamentos para sua decisão. (LIMA, 2012, p. 1).

Quanto à aplicação, a proporcionalidade é usada na análise de congruência entre meio e fim. Já a razoabilidade aplica-se na análise de congruência entre norma e fato, como um critério de justiça, aproximando a previsão abstrata da situação concreta, daí a sua subjetividade.

Ultrapassado esses questionamentos, cabe agora analisar o modo de aplicação e estrutural da proporcionalidade e razoabilidade. Ressalta-se antes, contudo, que a proporcionalidade deve ser aplicada primeiro que a razoabilidade.

Em que pese haver algumas divergências doutrinárias, é certo que grande parte da doutrina subdivide a proporcionalidade em 3 etapas: *idoneidade* ou *adequação*, *necessidade*, *proporcionalidade estrito senso*, as quais devem ser preenchidas de modo sequencial e cumulativo, para, só então, poder afirmar que a proporcionalidade foi atendida.

Isso significa que, na análise do caso concreto, o juiz não deverá, necessariamente, verificar as 3 etapas da proporcionalidade. Como são sequenciais e cumulativos, caso o meio pretendido não seja adequado, o magistrado cessa a análise na primeira etapa, já com o entendimento de que o meio não é proporcional.⁷

Dito isso, passa-se à análise da primeira etapa. Por *adequado* se entende aquele meio apto a fomentar, promover, o resultado buscado. Ou seja, diferente do afirmado por Humberto Ávila (ÁVILA, 1999, p. 172), o meio para ser adequado não precisa, necessariamente, ser “apto para alcançar o resultado pretendido”, mas sim a mera possibilidade de se conseguir fomentar o resultado.

Pensar em sentido contrário significaria dizer que o meio analisado deverá ser apto, necessariamente, a concretizar em sua totalidade o resultado pretendido, transformando, assim, o ramo do Direito em uma ciência exata, o que não pode ser aceito.

Segundo o dicionário, fomentar significa “promover o desenvolvimento ou o progresso de; cuidar, estimular, desenvolver” (MICHAELIS, 2015). Isso se atende, exatamente, a primeira etapa, que não pretende esgotar a proporcionalidade em si, mas, apenas, em uma primeira visão, verificar se o meio buscado pode auxiliar na promoção do resultado perseguido.

Na segunda etapa, verifica-se se a medida é *necessária*, ou seja, “se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos” (ÁVILA, 1999, p. 172).

⁷No mesmo sentido: “Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos.” (SILVA, 2002, p. 34).

Nessa fase, caberá ao magistrado, após analisar que o meio é adequado, comparar se o meio buscado é o menos gravoso com outro meio, igualmente, adequado. Assim, não sendo o menos gravoso, logo, não será o necessário e, conseqüentemente, será desproporcional.

Por fim, chega-se à terceira etapa, qual seja, a *proporcionalidade strictu sensu*. Aqui, caberá ao magistrado verificar se o meio escolhido trará mais benefícios que prejuízos. Isso porque a medida adotada, por mais que seja adequada e necessária, pode conflitar com outras normas, ou, até mesmo, conflitar com outro direito fundamental.

Nesse momento, mister se faz a ponderação entres benefícios e prejuízos, de modo que, caso haja mais prejuízos que benefícios, o meio escolhido será desproporcional.

Na verdade, essa é a etapa mais importante da proporcionalidade. No campo de controle judicial de políticas públicas, haverá um conflito direto entre um direito fundamental constitucional e outras normas constitucionais, como orçamento, isonomia, discricionariedade, as quais se violadas em certo grau, podem gerar prejuízos, até mesmo, para outros direitos fundamentais que se quer são objeto do controle.

No que concerne à *razoabilidade*, diferente da proporcionalidade, que se adéqua ao meio e fim, a razoabilidade incide na norma e fato, verificando as condições pessoais dos indivíduos a serem beneficiados pela medida a ser adotada. Daí a sua carga subjetiva.

Conforme leciona Humberto Ávila:

Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade. (ÁVILA, 1999, p. 174).

4. O controle judicial de políticas públicas

Vistas as formas de aplicação e estrutura da proporcionalidade e razoabilidade, cabe agora verificar como os referidos postulados normativos podem ser aplicados no controle de políticas públicas, tendo, como base, algumas jurisprudências atuais.

Antes, contudo, é de se ressaltar que a proporcionalidade e razoabilidade são analisadas em dois momentos: no primeiro, os postulados serão utilizados para verificar se, de fato, haveria um descumprimento constitucional, pelo qual se justificasse o controle judicial.

Caso seja verificado o descumprimento, em um segundo momento, a proporcionalidade e razoabilidade serão, novamente, utilizadas para guiar o magistrado na elucidação da tutela jurisdicional mais adequada para sanar o descumprimento.

Ademais, no que concerne a políticas públicas, são utilizados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, mecanismos auxiliares que se integram a proporcionalidade e razoabilidade como *mínimo existencial*, *reserva do possível*, *isonomia* e *ações coletivas*.

O *mínimo existencial* pode ser entendido como:

(...) núcleo básico do princípio da dignidade humana, assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção, à maternidade e à infância. (WATANABE, 2013, p. 219).

Tal conceito está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, ou seja, não somente os brasileiros natos e naturalizados, mas também estrangeiros estando aqui no Brasil são alcançados pelo mínimo existencial. (SARMENTO, 2016, p.1659-1660).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Plenário reconheceu a existência do mínimo para existência já em 2007, através da ADI 3.768/DF:

(...) A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar. (BRASIL,2007)

O mínimo existencial, por mais que seja um termo bastante abstrato, serve de baliza na aplicação da proporcionalidade. Isso porque o mesmo sofre diversas mudanças com o passar do tempo, encorpando-se ainda mais, de modo que a política pública judicializada não pode ser um retrocesso a esse mínimo. (WATANABE, 2013, p. 219).

Em verdadeira reação ao mínimo existencial, surgiu como modo de contestação do Executivo a *reserva do possível*. Aqui já se percebe uma grande confusão entre reserva do possível e reserva do financeiramente possível, que, apesar de diferentes, são tratados pela doutrina e jurisprudência majoritárias como sinônimos.

A reserva do possível surgiu no âmbito da Corte Constitucional alemã. Segundo Ingo Sarlet, ela expressa que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispor o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. (SARLET, 2001, p. 265).

Contudo, aqui no Brasil tal conceito foi deturpado. Isso porque, em sua origem alemã, a reserva do financeiramente possível está contida na reserva do possível, mas que aqui se interpretou como sinônimos. A reserva do possível está ligada “à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação” (MÂNICA, 2007, p. 182), enquanto a reserva do financeiramente possível está ligado diretamente as questões de previsões orçamentárias e existências de recursos.

Nesse diapasão, em que pesem as críticas acima mencionadas, no presente estudo a reserva do possível será entendida como sinônimo da reserva do financeiramente possível, tendo em vista a sua ampla adoção no Brasil.

Como bem leciona Cesar Jacob, a reserva do possível deve ser vista sob duas óticas: fática e jurídica. “Do ponto de vista dos fatos, não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado se não há, de fato, materialmente, dinheiro em caixa” (JACOB, 2013, p. 252).

É que de nada adianta uma decisão judicial prestacional que não pode, materialmente, ser cumprida. Nesse caso, mesmo através de bloqueio de contas, não seria possível encontrar reservas para se satisfazer a prestação.

“Já a impossibilidade jurídica é aquela baseada na falta de previsão orçamentária, dentro do sistema vigente, para o gasto com este ou aquele direito” (JACOB, 2013, p. 252). Assim, eventual gasto público fora do orçamento previamente aprovado pelo Legislativo seria uma violação legal.

Nesse ponto, não há como se concordar com a referida impossibilidade. É que o gasto adviria de uma determinação judicial, a qual deve ser cumprida dentro do ordenamento jurídico pátrio, e não de um gasto discricionário do agente público. Nesse caso, havendo gasto acima do previsto no orçamento, não há que se falar em responsabilidade do gestor, na medida que, apenas, houve um cumprimento judicial.

No mesmo giro, não é possível se cogitar uma mera petição processual alegando, de forma vaga e abstrata, a reserva do possível com a ausência de previsão orçamentária, ou mesmo, materialmente, de verbas em caixa.

Como bem explicitado no primeiro capítulo do presente estudo, tendo em vista que o objeto da lide seria um direito constitucional do autor – ou dos tutelados em sede de tutela coletiva –, pela norma processual vigente, caberá a Administração Pública comprovar, na forma do art. 373, II, do CPC, “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Ademais, demonstrado em juízo pela Administração Pública o fluxo orçamentário, deverá o magistrado avaliar em que está sendo implementado os recursos. Por exemplo, em um cenário de escassez de verbas, os recursos para a saúde, de fato, são mais importantes que os recursos para os esportes.

Entretanto, é mais que salutar o magistrado entender que os recursos públicos são finitos. Nos últimos anos no Brasil, além da grande corrupção e desvios, o que se viu foi uma gestão descontrolada dos recursos públicos, como se os mesmos não tivessem fim, levando a crise financeira atual.

Assim, na determinação da medida judicial, mister avaliar o orçamento público como um todo, e não somente o caso concreto, sob pena da medida trazer mais prejuízos que benefícios, e, desse modo, ser desproporcional.

No mesmo sentido:

Uma visão distorcida da regra da “reserva do possível” levaria à inaceitável conclusão de que o Estado é obrigado a cada um, de maneira isolada, tudo o quanto previsto na Constituição Federal em termos de direitos fundamentais. Assim cogitando, estar-se-ia aplicando o direito de forma abstrata, apenas repetindo, no processo, o quanto dito na Constituição ou na lei. Além disso, pura e simplesmente aceitar a premissa de que há direitos assegurados de maneira ilimitada a todos, considerado custarem dinheiro, implicaria, de reverso, aceitar um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais do contribuinte. (JACOB, 2013, p. 253-254).

Infelizmente, essa não parece a regra aplicada no Brasil. Conforme uma pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em 2005, demonstrou-se que somente 36,5% dos magistrados avaliam as consequências econômicas de suas decisões. (AMB, 2005, p. 36).

Ressalta-se, por oportuno, que a jurisprudência nos tribunais é das mais diversas no que se refere à aplicação da reserva do possível. No próprio STF, há decisões que entendem que não há que se cogitar a reserva do possível quando a política pública se referir a concretização do mínimo existencial⁸.

Em 2015, por exemplo, o pleno do STF se posicionou no sentido de que não seria possível opor o argumento da reserva do possível na questão na determinação do juízo de primeira instância para adequação dos presídios, na medida em que a omissão estatal violava o princípio da dignidade humana. (BRASIL,2016)

Nos demais casos, tem prevalecido a aplicabilidade da reserva do possível, desde que devidamente comprovada pela Administração Pública, bem como, na prestação

⁸(...) A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público. A teoria da "restrição das restrições" (ou da "limitação das limitações"). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197). (BRASIL,2014)

da tutela jurisdicional, seja observada a questão do orçamento público e suas consequências.⁹

Outro ponto a ser analisado é o princípio da *isonomia*. Isso porque, muitas vezes, ao intervir na política pública, poderá o magistrado, de forma descabida, ferir o princípio da isonomia, e, conseqüentemente, tornar a medida desproporcional.

Um caso evidente – e o mais comum de ser objeto de lides judiciais¹⁰ – é o direito à saúde. Quando um magistrado determina a realização de uma cirurgia de um paciente poderá desrespeitar uma possível fila de cirurgia, e, logo, ferindo a isonomia. É, certo, porém, que assim como a reserva do possível, deverá a Administração Pública comprovar a existência de tal fila.

Em que pese essa questão não ter sido objeto de forma relevante pelos tribunais superiores, nos tribunais estaduais e federais a maioria da jurisprudência aponta no sentido da necessidade de respeito a fila do SUS, sob pena de quebra a isonomia.¹¹

Por fim, há que se falar nas *ações coletivas*. É certo que, no Brasil, foi instituído o chamado microssistema processual, que abrange diversas normas legais, como a Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Código de Defesa do Consumidor, entre outros, visando a proteção de direitos coletivos, os quais são, justamente, objeto das políticas públicas.

⁹(...) Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais (...) (BRASIL, 2004)

¹⁰Uma pesquisa realizada pelo CNJ, em 2016, constatou que havia 1.346.931 ações versando somente sobre direito a saúde, o que representou 1,68% de todas as ações em trâmites no Brasil. (CNJ, 2016).

¹¹(...) A concessão da medida acarretaria perigo à coletividade, porquanto se estaria privilegiando a recorrente em detrimento daqueles que também necessitam da consulta médica, em patente ofensa ao princípio da isonomia. 8. É dever comum dos entes políticos zelar pela saúde de seus cidadãos, fornecendo-lhes os meios indispensáveis a mantê-los hígidos física e psicologicamente, no entanto, o acesso à saúde pública não é direito que assiste, somente, à agravante, de forma que, inexistindo pedido administrativo prévio e indicação de urgência na realização da consulta médica, deve-se observar a existência de fila de espera, organizada pelos próprios critérios da Administração Pública. (...) (BRASIL, 2018) (...) O direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar providências necessárias e indispensáveis para a sua promoção, estabelecidas de forma universal e igualitária. Nesse contexto jurídico, se o Poder Público negligencia no atendimento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, num verdadeiro controle judicial de política pública, para conferir efetividade ao correspondente preceito constitucional. 5. Todavia, o acesso ao referido direito deve ser compatibilizado com o princípio da isonomia, de forma a não garantir privilégios àqueles que procuram o Judiciário em detrimento dos que aguardam por tratamentos e cirurgias de acordo com a fila administrativamente estabelecida. Assim, não cabe ao Judiciário administrar hospitais, estabelecendo prioridades de natureza médica. Precedentes. 1 6. In *casu*, verifica-se que o autor já estava inserido em fila de espera para transferência de hospital visando a realização de cirurgia, sendo certo, inclusive, que a autorização para transferência já tinha sido dada, não tendo sido realizada somente em razão de pendência quanto a um exame, demonstrando que a administração estava envidando todos os esforços para realizar o tratamento adequado do autor. 7. Dessa forma, cabe à Administração Pública, mediante exame com base em critérios técnicos, aferir a possibilidade de cirurgia em hospital da rede pública, respeitando a fila administrativamente estabelecida (...) (BRASIL, 2018)

A principal vantagem das ações coletivas na tutela de políticas públicas é, além das facilidades processuais, o caráter *erga omnes* das decisões judiciais. Assim, há um respeito maior a isonomia e impessoalidade no tratamento dos atos públicos.

Contudo, tendo em vista o art. 5, XXXV, da Constituição Federal, que garante o pleno acesso à Justiça, não há que se cogitar a impossibilidade de ações individuais no controle de políticas pública, desde que as referidas lides tenham como objeto, somente, direitos individuais, mesmo que as vezes possa ter efeitos a terceiros.

Ressalta-se ainda que uma ausência de ações coletivas ou uma ação coletiva sem efetivo cumprimento pode levar a um sério problema nas lides individuais. Isso porque, diante do quadro apresentado, haverá um excesso de processos individuais, com efeitos somente à parte autora, mas que, se analisados conjuntamente, terão importantes efeitos coletivos.

Tal fato pode ser comprovado, novamente, nas lides relativas à saúde. Diante da ausência de uma prestação correta na saúde, cresceu-se os números de ações buscando tutela para entrega de medicamentos no SUS. O que ocorreu foram excessivas determinações judiciais, muitas vezes sem critérios, levando a sérias influências nas questões orçamentárias.

Desse modo, em sede de Repercussão Geral, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu critérios para a concessão de medicamentos via processo judicial, tendo que restringir, até mesmo, à capacidade econômica do tutelado. (BRASIL,2018)

5. Conclusão

Buscou o presente trabalho analisar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, bem como os meios que poderiam ser utilizados pelos magistrados para, no caso concreto, verificar o descumprimento constitucional.

Utilizou-se como hipótese preliminar a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como meios de análise de violação a esses direitos, e, igualmente, como poderiam ser adotadas medidas para sanar a violação.

Verificou-se que certos direitos constitucionais dependem das políticas públicas para sua concretização, ou seja, uma ação afirmativa do Estado, motivo pelo qual se justificaria a tutela jurisdicional face ao não cumprimento.

Igualmente, não se aceita mais a tese da separação dos poderes, na medida em que o poder é uno, cabendo, apenas, uma distribuição de funções. Cabe, então, ao Poder Judiciário sanar violação a direitos, como a própria Constituição assegura.

No que concerne aos parâmetros de controle, verificou-se que a proporcionalidade e razoabilidade se mostram como os postulados normativos mais adequados para

análise, no caso concreto, pelo magistrado da ocorrência ou não da violação aos ditames constitucionais, e, igualmente, qual medida proporcional e razoável a ser adotada.

Assim, concluiu-se que há a necessidade de intervenção judicial nas políticas públicas. Contudo, ela deve ser feita na menor intensidade possível, utilizando ferramentas dos referidos postulados normativos, como o mínimo existencial, reserva do possível, isonomia e ações coletivas, preservando, assim, a harmonia entre os poderes.

6. Referências bibliográficas

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Teoria dos Princípios*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

AMB, 2005. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/docs/noticias/2005/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo n.º 215, Rio de Janeiro, jan./mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.657.156/RJ. Relator: Min. BENEDITOGONÇALVES. Brasília, 04 de maio de 2018. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Feral de 2^a Região. Apelação 0128581-68.2017.4.02.5101. Relator: Des. JOSÉ ANTONIO NEIVA. Rio de Janeiro, 27 de abril de 2018. Disponível em:<<http://portal.trf2.jus.br/portal//consulta/peca.asp?MsgID=0E3BBB4DFFAE4DBA964C6217024BA3DF&timeIni=51006,54&P1=954788&P2=73&P3=&NPI=170&NPT=170&TI=1&NV=619144&PagRet=Consulta>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3768. Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086810&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 137380. Relator: Min. PAULO BROSSARD. Brasília, 24 de maio de 1994. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000115813&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jul. 2019
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 1262. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Brasília, 26 de fevereiro de 2003. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000170935&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 587008. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Brasília, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168118&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000247685&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 223. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 9 de abril de 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000202300&base=baseAcordaos>> . Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 0042377-54.2018.8.19.0000. Relator: Des. Marianna Fux. Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2018. Disponível em:<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcache-web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046D5D696A471D3C5DD01987A8CFA28215C509164A1835&USER=>>>Acesso em: 19 jul. 2019.
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24^aed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CNJ. Judicialização da saúde: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- DANIEL, Juliana Maia. *Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas*. In: GRINOVER Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. Breves comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3218, 23 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21595>>. Acesso em: 18 dez. 2018
- MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.
- MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 27 dez. 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política*. In: GRINOVER Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARMENTO. Daniel. *O mínimo existencial*. Revista de Direito da Cidade, 2016, vol. 08, nº 4.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.
- URGO, Vitor. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. In: GRINOVER Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- WATANABE, Kazuo. O controle judicial das políticas públicas - “mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *A teoria da Separação dos Poderes e o Estado Democrático: funções de governo e funções de garantia*. In: GRINOVER Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). O controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

