

LEGALIDADE FINANCEIRA E ATIVISMO JUDICIAL: JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Raquel de Andrade Vieira Alves²

Especialista em Direito Tributário e Financeiro - UFF/RJ;

Advogada Tributarista

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo expor a problemática atual da judicialização das políticas públicas, em contraposição às leis do orçamento, de forma a tentar identificar parâmetros razoáveis para a atuação da atividade judicial. Para tanto, foram utilizadas decisões proferidas pelos tribunais superiores em casos complexos, nos quais o Judiciário buscou estabelecer limites à sua própria intervenção, com o escopo de fazer prevalecer a harmonia entre os poderes e, ao mesmo tempo, garantir a efetividade das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade Financeira. Judicialização das políticas públicas. Ativismo judicial. Mínimo existencial. Núcleo essencial dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Princípios constitucionais financeiros 2.1 Princípio constitucional da legalidade financeira 2.2 Impossibilidade de previsão de todos os elementos fáticos pela norma 3 O papel do Judiciário 4 Princípio constitucional da separação dos poderes e a problemática atual: judicialização das políticas públicas e ativismo judicial 5 Parâmetros para a atuação judicial: “casos-limite” 6 Análise de casos práticos à luz da jurisprudência dos tribunais superiores 7 Conclusão

1 Introdução

Classicamente, o orçamento público foi tido meramente como o documento contábil que continha a previsão das receitas e a autorização das despesas a serem realizadas pelo Estado, desvinculado de planos governamentais e dos interesses coletivos.

O orçamento público e os demais elementos financeiros tinham nesse contexto o objetivo de manter o equilíbrio financeiro e evitar, ao máximo, a expansão dos gastos.

Entretanto, com o surgimento do Estado Social e as novas formas de atuação na conformação da ordem econômica e social, o orçamento público abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle.

Tal transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas - agora constantes dos textos constitucionais - passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem.

Assim, com o surgimento da ideia do Estado Social, que rompe com o dogma anterior do liberalismo absoluto, despontam também os chamados “direitos sociais” ou

¹ Enviado em 19/3, aprovado em 26/5 e aceito em 14/6/2010.

² E-mail: raquel@sachacalmon.com.br .

da “segunda geração”. Estes últimos, vale dizer, com um conteúdo diferente dos direitos oriundos do Estado Liberal.

Enquanto os primeiros cuidam de prestações negativas (abstenção), os últimos cuidam de prestações positivas a serem exercidas pelo Estado. Caso o Estado não as exerça, estará em falta com a sociedade, o que legitima o cidadão a cobrar uma postura ativa por parte do ente estatal. Entre as prestações positivas podem ser citados, sinteticamente: o direito à saúde, educação, assistência social e previdência.

O Estado, dessa forma, chama para si essas atividades e as qualifica como serviço público. Há, portanto, uma mudança na visão sobre o Estado que, quando Liberal, era visto como inimigo; violador de direitos e, quando Estado de Direito, é visto como amigo; principal promotor dos direitos individuais.

Essa transformação política e social também se reflete na política orçamentária, que doravante será referida apenas como “orçamento”. De fato, entendido como lei formal e autorizativa, que apenas previa receitas e autorizava despesas, o orçamento assume um caráter de participação ativa no desenvolvimento das políticas públicas, a fim de concretizar todos os direitos inseridos na Carta Magna, após o surgimento do Estado Social.

Portanto, a noção moderna de orçamento está diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas - e do orçamento -, a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social.

Nesse sentido, “política pública” é uma expressão polissêmica que compreende, *lato sensu*, todos os instrumentos de ação dos governos para atender às necessidades sociais. Deste modo, a partir do momento em que se constitui uma omissão ou mesmo uma insuficiência na adoção de políticas públicas, por meio da execução do orçamento, justifica-se a sua judicialização, representando efetivo controle pelo Poder Judiciário para preservação dos direitos constitucionalmente assegurados pela ideia do *Welfare State*.

Aliados a estes conceitos, encontram-se de forma indissociável os princípios inerentes ao orçamento e o princípio da separação dos poderes, de maneira que, entre eles, há de se encontrar um ponto de equilíbrio.

É preciso, assim, que sejam estabelecidos parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios universais de racionalidade e eficiência, para evitar que, no âmbito dos Estados, o sistema se transforme disfuncional e desigual. E mais: a fim de evitar que a busca desenfreada pela máxima efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados acabe por desprezar a própria Constituição, conferindo, paradoxalmente, direitos a determinados indivíduos que não estão sendo plenamente assegurados a outros.

É justamente neste contexto que se insere o presente artigo, que tem por objetivo expor a problemática atual da judicialização das políticas públicas, em contraposição às leis do orçamento, de forma a tentar identificar parâmetros razoáveis para a atuação da atividade judicial.

Para tanto, serão analisados alguns casos que ensejam controvérsias tanto na doutrina como na jurisprudência atuais, de forma a permitir uma melhor compreensão sobre o tema.

2 Princípios constitucionais financeiros

Os princípios que informam a atividade financeira estatal aparecem em grande número na Constituição de 1988, na Lei nº 4.320/1964 e até mesmo implícitos no ordenamento jurídico.

Basicamente podem ser enumerados da seguinte forma: a) princípio da economicidade, ligado à ideia de justiça; b) princípio da anualidade, ligado à ideia de segurança jurídica, assim como os demais adiante; c) princípio da publicidade; d) princípio da unidade; e) princípio da universalidade; f) princípio da exclusividade; g) princípio da não afetação; h) princípio da especialidade; e i) princípio da legalidade, que será melhor explicado no tópico 2.1.

Aliados a esses princípios, podem ser citados ainda os princípios da transparência; do equilíbrio e do planejamento, explicitados com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), apesar de já estarem implícitos na CF88.

O princípio da economicidade determina que os orçamentos devem conter o mínimo de receita capaz de atender às necessidades sociais almejadas. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres (2004, p. 97): “O princípio da economicidade informa simultaneamente o orçamento e o controle de contas”.

Já o princípio da anualidade orçamentária prevê o controle do Executivo pelo Legislativo por meio da renovação anual da previsão de receitas e autorização de despesas; também se combina com a plurianualidade em alguns sistemas, como o nosso, por exemplo, e representa princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consagrado pelas mais importantes constituições.

O princípio da publicidade nada mais é do que a expressão do controle popular do orçamento, de forma que todas as leis do orçamento devem ser publicadas na imprensa oficial, bem como os relatórios sobre sua execução, de modo a permitir o acesso dos cidadãos às políticas orçamentárias.

Intimamente ligados estão os princípios da unidade e da universalidade do orçamento. O primeiro preceitua que o orçamento é uno, embora seja representado, no caso do Brasil, por três leis que se integram harmonicamente: lei orçamentária anual; lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual (art. 165, I, II e III, CF88). Tal princípio, portanto, não significa que o orçamento é representado por um único documento, mas sim, a integração finalística de todos que o integram.

Já o último, por sua vez, preceitua que o orçamento deve conter todas as receitas e despesas, seja qual for sua procedência ou destino. É de vital importância para o equilíbrio financeiro, que se concretiza na norma do art. 165, § 5º, da CF88.

Pela leitura do art. 165, § 8º,³ da CF88, extrai-se o princípio da exclusividade, segundo o qual a lei orçamentária não pode conter qualquer conteúdo alheio à

³ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...] § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

previsão de receitas e autorização de despesas, para evitar o que Aliomar Baleeiro denominava de “caudas orçamentárias”, ou seja, nomeações de funcionários e outras matérias estranhas à atividade financeira, que muitas vezes apareciam no meio da lei orçamentária, numa clara tentativa de burlar o princípio da publicidade.

O princípio da não afetação da receita encontra-se no art. 167, IV, da CF88 e proíbe a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa - ressalvados os casos previstos na Constituição -, atuando como instrumento de segurança jurídica ao coibir o desequilíbrio do orçamento e a possibilidade de fraudes.

Finalmente, o princípio da especialidade determina que os orçamentos devem discriminar e especificar os créditos e as despesas. Subdivide-se em: a) especialidade quantitativa: proíbe a concessão de créditos ilimitados, ou seja, o montante do crédito deve estar previsto no orçamento (art. 167, VII, da CF88); b) especialidade qualitativa: veda o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria para outra, de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, VI); e c) especialidade temporal: limita a vigência dos créditos especiais e extraordinários ao exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização foi promulgado nos quatro últimos meses do exercício financeiro (art. 167, § 2º), ocasião em que se reabrem no exercício subsequente.

Por último, porém não menos importantes, têm-se os princípios do equilíbrio financeiro, da transparência e do planejamento. O equilíbrio pressupõe a equalização de receitas e despesas, de modo a balancear o orçamento; este é um princípio que se encontra implícito na constituição e explícito na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) - art. 1º, § 1º.⁴

A transparência fiscal, segundo Ricardo Lobo Torres (2004, p. 123), “sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade”. Da mesma forma que o equilíbrio do orçamento, este princípio está inserido implicitamente na Constituição, porém de maneira explícita na LRF, e será assegurado por instrumentos de gestão fiscal, inclusive mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas.

Já o planejamento, previsto no Capítulo II da LRF, visa a gerar um processo capaz de garantir, no tempo necessário, os recursos adequados para a execução das ações administrativas. Exige-se que seja elaborado preventivamente, em vez de corretivamente.

A legalidade financeira, como um dos “pontos cardeais” do Estado financeiro, será analisada no item 2.1, já que é o foco principal do presente estudo.

⁴ LC nº 101/00: “Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

2.1 Princípio constitucional da legalidade financeira

O princípio constitucional da legalidade financeira pode ser, segundo a doutrina de Ricardo Lobo Torres, analisado sob três vertentes.

A primeira é a “superlegalidade”, ligada à ideia de supremacia da constituição. Significa que todas as normas orçamentárias subordinam-se às normas constitucionais, devendo com elas guardar uma relação de harmonia; caso contrário, abre-se espaço para o controle judicial.

Tal princípio é de suma importância para o Direito Financeiro, pois serve como vetor de atuação da atividade dos poderes constituídos, na medida em que delimita o exercício da atividade legislativa na elaboração do orçamento, por meio de proposta do Executivo, obrigando o Legislativo a subordinar-se às regras constitucionais. Caso assim não o faça, permite a atuação do Judiciário. Note-se, dessa forma, o perfeito equilíbrio e harmonia entre os poderes, em respeito ao que determina o art. 2º da CF88.

A segunda vertente é a reserva de lei, através da qual apenas a lei formal é capaz de aprovar o orçamento e a abertura de créditos especiais e suplementares. A única exceção diz respeito aos créditos extraordinários, cuja abertura pode ser autorizada por medida provisória - em caso de despesas imprevisíveis e urgentes decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (art. 167, § 3º).

Por fim, a terceira vertente é o primado da lei, o qual determina que o poder regulamentar da Administração somente se manifesta nas lacunas deixadas pelo Legislativo na aprovação do orçamento e dos créditos suplementares e especiais. Ou seja: o orçamento há de ser necessariamente aprovado mediante lei formal, e apenas em casos excepcionais pode o Executivo manifestar-se ativamente, como na abertura de créditos extraordinários ou nas lacunas legislativas. E, ainda: caso haja desconformidade com os ditames constitucionais, pode o Judiciário exercer o seu controle sobre os demais poderes.

Este é, pois, o perfeito equilíbrio proposto pelo princípio da separação dos poderes.

2.2 Impossibilidade de previsão de todos os elementos fáticos pela norma

Todas as atividades do administrador são limitadas pela subordinação à ordem jurídica - ou seja, à legalidade. O mesmo ocorre com a elaboração do orçamento, que resulta da parceria entre o Poder Executivo - em sua proposta - e do Poder Legislativo - em sua aprovação. Assim, cabe ao chefe do Executivo a iniciativa de elaboração do orçamento; e ao Legislativo, a sua aprovação, mediante lei formal.

Entretanto, como bem afirma Seabra Fagundes (2006, p. 115): “Não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo”.

Ocorre que o próprio legislador prevê o fato de que a lei não poderá conter disposições que regulem todas as situações *in concreto*; é o caso, pois, das lacunas da

norma; situações que simplesmente não foram objeto de previsão. E aqui, obviamente, se está tratando das lacunas não intencionais e não das omissões voluntárias do legislador.

Isso pode ocorrer – em âmbito financeiro – porque a proposta orçamentária é elaborada pelo chefe do Executivo;⁵ e este, como ser humano, é incapaz de prever todas as situações fáticas a serem albergadas pela norma. Tanto é assim que as próprias leis orçamentárias já contêm autorização para a abertura de créditos suplementares e especiais, pois já se conta com o fator de risco de não previsão da dotação ou de dotação insuficiente.

Só que, mesmo estes créditos, chamados “adicionais”, são de iniciativa do Executivo, bem como o anexo de riscos e o anexo de metas que devem estar contidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, de acordo com o art. 4º, §§ 1º e 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Igualmente esses anexos são de iniciativa do chefe do Executivo.

Ora, se todas as normas orçamentárias são de iniciativa do chefe do Executivo, caso haja qualquer desconformidade com a Carta Magna, seja pela não previsão de determinada dotação, seja pela insuficiência de dotação, como atender àquela demanda social – diga-se, constitucionalmente assegurada – sem ofender o princípio da separação dos poderes e a legalidade financeira? É neste contexto, pois, que se insere o papel do Poder Judiciário.

3 O papel do Judiciário

A questão, portanto, ganha complexidade quando ocorre uma deficiência na elaboração da política orçamentária, de modo que deixe de atender às necessidades sociais e, por conseguinte, aos ditames constitucionais.

Nesse ponto abre-se espaço para o controle judicial, visando assegurar a satisfação plena dos direitos constitucionais dos cidadãos. A esse respeito, indaga-se: qual é o papel, ou melhor, a postura que deve ter o Judiciário diante de tais situações?

Não há dúvidas de que, não havendo política pública relacionada àquela necessidade social de cunho fundamental ou, havendo uma política pública manifestamente inadequada, o Judiciário deve agir. E assim o deve fazer não apenas para atender à postulação individual: onde não exista política pública, o Judiciário deve ser responsável por deflagrar um diálogo institucional e compelir a autoridade pública a ter alguma política articulada em relação àquela demanda (BARROSO, *Intervenção na Audiência Pública sobre Medicamentos*, realizada em 7/5/2009).

Assim, vê-se que, onde não haja um mínimo de atuação razoável por parte do poder público, é possível o Judiciário intervir. Entretanto, tal fato se torna mais complexo quando a hipótese não é de ausência de políticas públicas, mas sim de uma escolha administrativa por intermédio da qual se encontra uma política pública considerada adequada. Neste caso, não deve haver abertura para a intervenção judicial, sob pena

⁵ No Direito brasileiro, como visto, há o modelo de parceria entre Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento. Entretanto, não é em todos os países que este modelo funciona. Nos EUA, por exemplo, apesar de haver tal parceria, o chefe do Executivo não tem uma participação decisiva na elaboração do orçamento, de modo que o Congresso não está vinculado ao que o chefe do Executivo propõe – diferentemente do modelo brasileiro, em que se confere maior destaque à figura do chefe do Executivo.

de imiscuir-se na seara da discricionariedade administrativa e mais: sob pena de violar o princípio do Estado Democrático de Direito, já que os integrantes do Judiciário, ao contrário dos demais poderes, não são eleitos democraticamente pelo povo.

Nesse ponto, há de se interpretar as palavras do mestre Luís Roberto Barroso, de modo que a intervenção judicial só seja possível para garantir a eficácia plena dos direitos fundamentais onde não haja políticas públicas ou onde as políticas públicas existentes sejam manifestamente inadequadas, de modo que sequer comportem juízo de valor pelo magistrado. Caso contrário, estar-se-á, paradoxalmente, a garantir um preceito constitucional violando outro - a separação dos poderes, conforme será analisado adiante (BARROSO, op. cit.).

4 Princípio constitucional da separação dos poderes e a problemática atual: judicialização das políticas públicas e ativismo judicial

É preciso compreender que a judicialização no Brasil deriva de seu modelo constitucional e é, portanto, inevitável. Decorre, como visto, da inclusão na Constituição Federal de 1988 dos direitos fundamentais de 2ª geração - saúde, educação, previdência e assistência social - e da transmutação da visão do Estado, que passa a fazer parte ativamente da vida do cidadão, por meio da adoção de políticas públicas que efetivem tais direitos - o que só pode ser feito através do orçamento, ou seja, do planejamento e previsão de receitas e despesas.

Além disso, procede da redemocratização pela qual passou o país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. Como uma terceira causa, ainda, pode ser apontado o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, de modo que qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal.⁶

Portanto, ocorre o que se pode chamar de “constitucionalização da política” - ou melhor, de “judicialização da política”: que significa simplesmente tirar uma matéria da política e trazê-la para o campo do Direito, mais especificamente do Direito Constitucional. Nas palavras do mestre Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2009b).

⁶ A exemplo, vide ADI nº 3.150; ADC nº 12 e ADPF nº 130: todas decididas em 2008 e cujas matérias exprimem o alcance político e moral do Supremo.

Nesse contexto, nem sempre o orçamento, como vetor da atividade financeira estatal, consegue prever de maneira absoluta todas as despesas a serem supridas ou, ainda que as preveja, alberga dotação insuficiente para supri-las. E aí entra a atuação do Judiciário, com o único intuito de fazer valer os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Contudo, a Carta Magna é expressa em determinar que a abertura de créditos só será feita mediante lei (à exceção dos créditos extraordinários), justamente como forma de garantir ao cidadão uma política pública derivada de um processo legislativo do qual ele próprio democraticamente participou, com a escolha de seus representantes.

Assim, quando o Judiciário atua ativamente nas políticas públicas do Estado, há de fazê-lo em ocasiões excepcionais e apenas para garantir a efetividade do *núcleo* dos direitos fundamentais, eis que não possui legitimidade para “burlar” o processo legislativo, a fim de garantir o atendimento às necessidades sociais.

Na verdade, está em jogo uma nítida ponderação de princípios: legalidade financeira e separação dos poderes vs. direito não albergado pela norma orçamentária. Mais uma vez, traz-se ao âmbito do Judiciário a tarefa de controle e exame das políticas públicas, por meio da ponderação de princípios.

Resta saber, caso a caso, e utilizando-se de possíveis parâmetros, quando prevalecem a legalidade financeira e a separação dos poderes; e quando o direito não atendido é suficiente para provocar a atuação do Judiciário, mediante controle repressivo, para exercer o que o Executivo ou o Legislativo não fizeram.

É exatamente devido à delicadeza da situação que se faz mister encontrar parâmetros objetivos que possam pautar a atuação do magistrado em casos de nítido confronto entre os citados princípios, sob pena de essa “judicialização” acabar encontrando solução no “ativismo judicial”.

Se, por um lado, a judicialização das políticas públicas possui uma faceta positiva - no sentido de que existem, de fato, prestações as quais o Judiciário não pode negar, sob pena de restarem violados direitos fundamentais vitais para o cidadão; por outro, há uma negativa, posto que traduz uma ineficiência administrativa na resolução daquela demanda, além, é claro, de representar uma crise na legitimidade democrática: cada vez mais demandas que antes poderiam se exaurir no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, legitimamente investidos para tal, acabam exaurindo-se no âmbito do Judiciário.

Sobre a questão, vale conferir a lição de Luís Roberto Barroso, que exprime sabiamente a posição que deve ocupar o Judiciário em meio ao contexto em que está sendo apresentado:

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial (BARROSO, 2009b).

Assim, embora existam casos em que a intervenção judicial é essencial e necessária, é preciso distinguir tais casos das situações em que o Judiciário está imiscuindo-se na seara da discricionariedade administrativa, sob pena de violação não só à legalidade financeira, quando se fala em orçamento, mas ao próprio Estado Democrático de Direito.

5 Parâmetros para a atuação judicial: “casos-limite”

Ao lado de intervenções necessárias, tem havido intervenções extravagantes e mesmo emocionais em matéria de políticas públicas e orçamento, sobretudo quando se fala em medicamentos, terapias e mesmo educação. Tais decisões representam um risco ao próprio orçamento em si, posto que desorganizam a atividade administrativa, comprometendo os escassos recursos públicos com uma série de medidas que muitas vezes não se enquadram nos limites da razoabilidade. A esse tipo de atuação, dá-se o nome de “ativismo judicial”.⁷

Para evitar que excessos sejam cometidos e situações que antes deveriam ser resolvidas em âmbito administrativo sejam levadas ao Judiciário, é preciso estabelecer critérios objetivos de solução de conflitos e, sobretudo, ter em mente que “ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui” (BARROSO, 2009b).

Dessa feita, vale lembrar que o Estado Constitucional de Direito gravita em torno da centralidade dos direitos fundamentais. A liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, dentro da concepção do mínimo existencial, devem ser atendidos pelos três poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário -, que têm o dever de realizá-los na maior extensão possível, tendo justamente como limite o “núcleo essencial desses direitos” (BARROSO, 2007).

Assim, a passos pequenos, pode-se traçar um critério razoavelmente objetivo para atuação judicial: os *casos-limite*. O que seriam tais casos?

Seriam, pois, casos em que a questão se refere ao núcleo essencial dos direitos fundamentais - em se tratando de direitos sociais - e aos direitos da liberdade irreduzíveis, que compõem a teoria do mínimo existencial. Como afirma Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial é direito de dupla face, que aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva, e compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, *todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível* (TORRES, 2009, p. 37).

Os direitos fundamentais, portanto, em sua configuração do mínimo existencial - ou seja, do que é estritamente necessário e, por assim ser, irredutível - devem ser garantidos pelas políticas públicas, independentemente de quaisquer outras garantias e direitos. Na oportuna lição de Ricardo Lobo Torres:

⁷ Os fenômenos da “judicialização” e do “ativismo judicial”, embora decorrentes um do outro, não se confundem: um parte do modelo constitucional brasileiro, e outro da busca desenfreada dos magistrados de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, sem respeitar a correta ponderação de princípios e a adequação aos interesses da coletividade.

O âmbito de proteção positiva obrigatória coincide com o núcleo essencial:

- a) dos direitos da liberdade irredutíveis;
- b) dos direitos sociais, que, tocados pelos interesses fundamentais, se metamorfoseiam em direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial. Daí não se segue, em absoluto, que a obrigação estatal se esgote na garantia do mínimo existencial, mas que este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do estado independentes da vontade da maioria e, por isso mesmo, suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional, que deverão ser complementadas pelas prestações de direitos sociais sujeitas à reserva do possível (TORRES, 2009, p. 243-244).

Assim, pode-se concluir que um critério válido para se adotar como medida da atividade judicial nestes casos é o da essencialidade do núcleo dos direitos fundamentais, representada pela teoria do mínimo existencial - ou seja, o mínimo necessário para que aquele cidadão exerça suas prerrogativas constitucionais e possa fazer valer a sua dignidade como pessoa humana.

Isso não significa, de modo algum, que o Estado, durante a elaboração do orçamento, só deva promover os direitos fundamentais de forma a atingir o seu núcleo essencial. Mas que, uma vez vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa - ou seja, o núcleo essencial do seu direito fundamental - este poderá exigir judicialmente uma prestação positiva do Estado que jamais poderá ser negada.

Ainda que se tome por base tal critério, evidentemente o magistrado pode se deparar com a chamada “reserva do possível”, que talvez possa aparecer como um segundo critério, exatamente nesta ordem, para orientar a intervenção judicial nas políticas públicas.

Dessa forma, ao se deparar com um “caso-limite” em que reste violado o mínimo existencial do indivíduo - atingindo, pois, o núcleo essencial da norma fundamental - deve o magistrado utilizar-se de todos os meios processuais ao seu alcance para fazer valer aquele direito. O único óbice que, infelizmente, pode ser encontrado é o da escassez de recursos, representada pelo princípio da reserva do possível.

Como já dizia o brocardo “ad impossibilia nemo tenetur” (ninguém é obrigado a coisas impossíveis), da mesma forma o Estado não o é.

A teoria do princípio da reserva do possível, como é cediço, tem como berço as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, por meio das quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais, ficando a satisfação destes direitos, assim, na pendência da existência de condições materiais - especialmente econômicas - que permitam sua atendibilidade.

A origem desse posicionamento pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido no qual uma ação judicial, então proposta, visava a obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público, com base na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão. A questão é que não havia vaga para todos nas academias. Neste *leading case*, conforme relatam os

anais de repertório de jurisprudência, restou estabelecido que somente se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

Salientou ainda a Suprema Corte Alemã que os intitulados direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível no sentido do que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Portanto, não basta a violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais para que o Judiciário promova a sua efetividade: é preciso também que o Estado disponha de recursos suficientes para comportar aquela demanda. Caso contrário, esbarra-se no princípio da reserva do possível. Intimamente ligada a tais possíveis critérios, está a razoabilidade que, embora não represente um critério de ordem objetiva, pode e deve também orientar a atuação do magistrado, a depender do caso concreto.

A título de arremate, podemos apontar os seguintes critérios: o núcleo essencial dos direitos fundamentais; a reserva do possível; e, por último, porém não menos importante, a razoabilidade - não tão objetiva como os demais, mas que deve sempre servir de vetor para a atuação do magistrado.

Contudo, há de se ter em mente que, se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz do sistema em que está inserido e das colisões entre princípios, o Judiciário não poderá agir ativamente, em respeito ao princípio democrático, pois, como visto, só atuará nos "casos-limite", em que não há política pública alguma ou as políticas públicas existentes revelam-se manifestamente inadequadas, do ponto de vista do homem médio - ou seja, do que razoavelmente se pode esperar da atuação estatal.

Com base nisso, passa-se à análise de alguns casos que causaram e ainda causam controvérsias na doutrina e jurisprudência, tentando aplicar os critérios expostos no presente estudo, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema e talvez contribuir para a escorreita atuação judicial.

6 Análise de casos práticos à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Inicialmente será analisada a questão do direito à educação, à luz de casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Com efeito, assim dispõem os arts. 205 e 208 da Constituição Federal:

Art. 205. A educação, direito de *todos e dever do Estado* e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. *O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
I - *educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade*, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
 - III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 - IV - *educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*;
 - V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
 - VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
 - VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
- § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
- § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
- § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (grifo nosso)

Com base nesses dispositivos, os órgãos competentes do Ministério Público de alguns Estados ajuizaram ações civis públicas requerendo, em sede de tutela antecipatória, que determinados municípios promovessem a criação de creches e pré-escolas para crianças de até cinco anos de idade, com base no art. 208, IV, da CF88.

A questão já havia sido apreciada pelo STF no julgamento da ADPF/DF nº 45, com o famoso voto do ministro Celso de Mello, veiculado no Informativo nº 345/2004,⁸ que tratava de recursos financeiros aplicados à saúde, e não à educação, mas trouxe importantes vetores de atuação da atividade judicial.

Um bom exemplo da posição atual da jurisprudência do STF quanto a esta questão referente às creches é o julgamento do AI nº 677.274/SP, veiculado no Informativo nº 520/2008, cuja ementa segue abaixo:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO. (STF. AI nº 677.274/SP. Decisão Monocrática proferida em 18/9/2008, ainda pendente de publicação)

Neste caso, decidiu o STF que o direito à creche para crianças de até cinco anos de idade, por estar constitucionalmente assegurado como um direito de 2ª geração, por si só mereceria a intervenção do Judiciário, limitando a discricionariedade do administrador. Confira-se trecho do voto:

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[...] É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, *caput*) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). O eminente PINTO FERREIRA (Educação e Constituinte in: *Revista de Informação Legislativa*, v. 92, p. 171-173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível: “O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.” Para CELSO LAFER (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127 e 130-131, 1988, Companhia de Letras), “[...] O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade [...].” O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Essa posição tem sido reiteradamente seguida pelo STF, como se pode ver dos julgamentos do AgRg no RE nº 410.715-5/SP; do AI nº 455.802/SP; e do AI nº 475.571/SP, entre outros.

Como se vê, o Supremo Tribunal de Federal sedimentou o entendimento de que o direito à creche encontra-se inserido no contexto dos direitos sociais de 2ª geração e, por isso, representa direito subjetivo do cidadão, ensejando uma prestação positiva por parte do ente federativo.

Parece, entretanto, que o próprio STF se esqueceu dos parâmetros fixados no julgamento da ADPF/DF nº 45, de modo que o próprio Ministro Celso de Mello, no julgamento do caso em comento, assim se manifestou:

[...] É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 5, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

A título de clarear o exame, cumpre explicitar o que ficou consignado no julgamento da ADPF/DF nº 45 - que, repita-se, versava sobre políticas públicas de saúde, e não sobre educação, mas trouxe interessantes parâmetros de atuação do Judiciário.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). [...]

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, *desta não se poderá razoavelmente exigir*, considerada a limitação material *referida*, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. [...]

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, *condições materiais mínimas de existência*. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. *O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.* (STF. ADPF/DF nº 45. Decisão monocrática publicada no DJ de 29/4/2004, grifo nosso)

Ora, o que está sendo posto neste julgamento da ADPF/DF nº 45 senão os critérios já acima expostos acerca da atuação judicial nos “casos-limite”? De fato, há situações em que o magistrado terá o poder-dever de intervir para garantir o núcleo dos direitos fundamentais do cidadão: afasta-se, portanto, a discricionariedade administrativa. Entretanto, há casos em que a prática de políticas públicas consideradas adequadas pelo administrador deverá ser respeitada, na medida em que não ofenda o núcleo do direito fundamental - a noção pura e simples do mínimo existencial, conforme já reconhecido pelo próprio Supremo na ADPF/DF nº 45.

A educação é, sem dúvida, questão de elevado interesse social, posto que representa verdadeiro direito social inserido na Carta Magna. Desse modo, dentro do conceito de núcleo dos direitos fundamentais, é direito que deve ser respeitado pelos poderes políticos, sob pena de atuação ativa do Judiciário.

Ocorre que esse direito, conforme dispõe o art. 208, poderá ser efetivado de várias maneiras - entre elas, a do inciso IV: educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade. Se o texto constitucional permite a efetivação do direito à educação de várias maneiras, é lógico que deverá o administrador observá-lo de acordo com a sua disponibilidade orçamentária: sempre atendendo

com a máxima amplitude o direito à educação, sem, contudo, prejudicar outros direitos constantes no orçamento.

No entanto, a questão da criação de creches para crianças de até cinco anos de idade não reside no núcleo do direito fundamental à educação, que, como já dito, se efetiva de várias maneiras.

Analisando a situação sob um prisma concreto, suponhamos que o município XYZ reserva, de acordo com a sua receita, e observadas as normas constitucionais, determinado percentual para atender às necessidades da educação. Como metas prioritárias, o chefe do Executivo estabeleceu o ensino fundamental de 1ª à 4ª série, como “educação básica obrigatória”, e o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência. Tendo em vista a receita reduzida e o alto volume de gastos do município com saúde, por exemplo, não restou atendido o direito à criação de creches para crianças de até cinco anos de idade, visto que a opção administrativa foi pelos dois primeiros incisos do art. 208 da CF.

Nesse contexto, indaga-se: é permitido ao Judiciário intervir neste caso para obrigar o município XYZ a construir creches, sem observar o núcleo essencial do direito à educação e o princípio da reserva do possível? A resposta, nesse caso, deve ser negativa.

Se a própria Constituição permitiu que o direito à educação fosse efetivado de várias maneiras, não só pode, como deve o administrador fazer as suas opções de acordo com a sua previsão orçamentária. Tal questão constitui reserva de governo.

Contudo, os tribunais, calcados na jurisprudência do STF, sem diferenciar as situações, têm aplicado o entendimento de que qualquer não observância a direito de 2ª geração dá azo à postulação em juízo de prestações positivas por parte dos entes federativos, sem qualquer critério que pautar tal atuação. Isso, a toda evidência, é um desrespeito aos princípios orçamentários e à própria legitimidade democrática, na medida em que se está deixando que juízes – não eleitos democraticamente pelo povo – decidam o que é conveniente em termos de políticas públicas, utilizando-se como argumento a máxima efetividade do direito à educação.

É evidente que, num município onde não existam escolas públicas, há de se reconhecer a possibilidade de intervenção do Judiciário unicamente para garantir o mínimo existencial dentro do direito à educação, para que os cidadãos possam ter assegurados os limites mínimos que se esperam de um Estado Democrático de Direito. No entanto, isso não significa que qualquer política pública relativa ao direito de educação possa passar pelo crivo do Judiciário, como vem acontecendo atualmente, utilizando como justificativa a jurisprudência do STF e esquecendo-se, pois, do julgamento anterior da ADPF/DF nº 45, que, do ponto de vista técnico, deixou muito bem delineados os parâmetros que devem pautar a atividade judicial em casos como estes.

E tanto é assim que o próprio STJ, analisando questão semelhante – ação civil pública intentada pelo município para criação de abrigo para crianças e adolescentes – com fundamento nos artigos 227, da CF; e 87, III, 101, VIII e 208, VI, da Lei nº 8.069/90

(Estatuto da Criança e do Adolescente), decidiu de forma contrária ao que vem reiteradamente deliberando o STF.

Para ilustrar melhor a questão, confira-se o que dispõe o art. 227 da CF:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Agora, confira-se a ementa do REsp nº 1.140.992/MG e a notícia veiculada no informativo de jurisprudência nº 415/ 2009:⁹

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO DE ABRIGO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ARESTO RECORRIDO. ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1 O Ministério Público Estadual de Minas Gerais ajuizou ação civil pública, objetivando compelir o Município de Três Pontes/MG a promover a criação, instalação e manutenção de abrigo a crianças e adolescentes que necessitarem do serviço, de preferência em entidade mantida com o Poder Público Municipal, bem como implementar a política de atendimento, nos termos do artigo 87, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 O juízo singular julgou procedente o pedido condenando o “Município de Três Pontas a fornecer, diretamente (em imóvel próprio ou alugado) ou mediante convênio com outra entidade, local apropriado para abrigo de crianças e adolescentes em situação de risco” (e-STJ 113). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à remessa oficial, julgando prejudicado o apelo voluntário da municipalidade.

3 No especial, aduz-se, em síntese: a) violação do 535, inciso II, do Código de Processo Civil, porque o Tribunal não apreciou “as normas jurídicas que, no ver do Parquet, conduziram ao correto desate da ação civil pública”; b) contrariedade aos artigos 87, inciso III, 101, inciso VIII e 208, inciso VI, da Lei nº 8.069/90.

⁹ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 31 jan. 2010.

6 *Enfoque constitucional do aresto impugnado. O acórdão impugnado, com base no princípio constitucional da Separação dos Poderes, consignou ser vedado ao Poder Judiciário interferir na formulação das Políticas Públicas, "que constituam matéria sob reserva de governo".*

7 Recurso especial não conhecido.

ACP. ABRIGO. CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

O Ministério Público estadual ajuizou ação civil pública (ACP), objetivando compelir o município a promover a criação, instalação e manutenção de abrigo para crianças e adolescentes que necessitem do serviço, de preferência em entidade mantida com o poder público municipal, bem como implementar a política de atendimento nos termos do art. 87, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O juiz singular julgou procedente o pedido, condenando a fornecer, diretamente (em imóvel próprio ou alugado) ou mediante convênio com outra entidade, local apropriado para abrigo de crianças e adolescentes em situação de risco. O TJ deu provimento à remessa oficial, julgando prejudicado o apelo voluntário da municipalidade. Para o Min. Relator, o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor acerca do disposto nos arts. 87, III, 101, VIII, e 208, VI, da Lei nº 8.069/1990, malgrado o recorrente tenha aviado embargos de declaração com o fim de vê-los examinados. A análise de eventual omissão, com a possibilidade de determinar o retorno dos autos à origem, só seria possível se houvesse fundamentação suficiente quanto à ofensa ao art. 535, II, do CPC, hipótese inexistente no caso. *Some-se a isso o fato de que o acórdão impugnado, com base no princípio constitucional da separação dos poderes, consignou ser vedado ao Poder Judiciário interferir na formulação das políticas públicas, que constituam matéria sob reserva de governo. Diante disso, a Turma não conheceu do recurso.* (STJ, *REsp nº 1.140.992/MG*. DJ 20/11/2009 - grifo nosso).

Embora o acórdão do STJ não tenha adentrado completamente no mérito da questão - sob a justificativa de possuir viés constitucional, não lhe competindo conhecer da matéria -, manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que entendeu que a matéria estaria sob reserva de governo, não cabendo ao Judiciário a sua apreciação.

Tanto o tribunal de origem como o STJ não aplicaram automaticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visto que, de fato, o caso é complexo, mas se resolve da mesma maneira que os demais: olhando para o núcleo essencial do direito fundamental, através da ideia do mínimo existencial. Tal questão ainda não foi apreciada pelo STF, mas pelos passos dados pelo Supremo ultimamente, tudo leva a crer que o desfecho será o mesmo conferido à questão das creches.

Finalmente, com relação à saúde - e, via de consequência, o fornecimento de medicamentos -, a situação torna-se mais complexa, pois não está em jogo apenas o direito à saúde, mas o seu núcleo essencial, que pode ser entendido como o direito à vida. Nestas situações, a cautela há de ser ainda maior.

Conforme já mencionado, no julgamento da ADPF/DF nº 45, pode-se notar que alguns critérios sobressaíram no voto do ministro Celso de Mello, exatamente conforme exposto neste artigo, no item 5.

São eles, justamente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a reserva do possível e a razoabilidade. No segundo caso em análise, o tema envolve princípios e direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, vida e saúde; daí a complexidade maior que se dá a esta matéria.

A fim de ilustrar o assunto, confira-se alguns julgados dos Tribunais Superiores:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE.

I - O atual entendimento desta Colenda Primeira Turma é no sentido da possibilidade do bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico ou fornecimento de medicamentos indispensáveis à manutenção da saúde e da vida. [...]

II - Recurso especial improvido. (STJ. REsp nº 889.160/RS. Rel.: Francisco Falcão. Acórdão publicado no DJ de 14/12/2006 - grifo nosso)

No mesmo sentido: EREsp nº 770.969/RS, EREsp nº 787.101/RS e REsp nº 832.935/RS. Nesse ponto, veja-se a ementa do EREsp nº 787.101/RS, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, que muito bem elucidou o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO.

1 Recurso de embargos de divergência que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos à pessoa hipossuficiente acometida de osteoporose, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

3 Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

4 Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. [...]

5 A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

6 Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7 In casu, a decisão ora hostilizada pelo embargante importa na disponibilização em favor da parte embargada da quantia de R\$ 345,00 (trezentos e quarenta e cinco reais), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

8 Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

9 Embargos de divergência desprovidos. (STJ. REsp nº 787.101/RS, DJ: 14/8/2006, grifo nosso)

Como se vê, o ministro decidiu a questão, considerando o núcleo do direito fundamental à saúde e à vida, nos limites da razoabilidade que se espera da atuação estatal e em conformidade com a reserva do possível, pois vê-se que levou em consideração a quantia de pequena monta envolvida no caso e a dispensabilidade de precatório para o seu pagamento.

Neste caso, não há dúvidas da necessidade de atuação do Judiciário para corrigir a inexistência de políticas públicas no sentido de fornecer medicamentos a pessoas hipossuficientes - medicamentos sem os quais é impossível a sobrevivência digna do cidadão. De fato, quando se está em jogo o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, aliada à saúde e eficácia das políticas pleiteadas judicialmente, tomando-se sempre por base o mínimo para a existência digna do cidadão, parece plenamente possível a intervenção judicial.

Na mesma linha tem se posicionado o STF, com relação ao direito à saúde:

PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF, AgRg no RE nº 271.286-8/RS, DJ 24/11/2000, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO

I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta.

II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal.

III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes.

IV - Agravo regimental improvido. (STF. AgRg no RE nº 553.712-4/RS. DJ 6/6/2009, grifo nosso)

No mesmo sentido: AI nº 597.182-AgR/RS, AI nº 232.469/RS e AI nº 236.644/RS.

Note-se que o STF tem tomado o direito à saúde e à vida em seus núcleos essenciais, fazendo valer os direitos constitucionalmente assegurados. Admite até mesmo a possibilidade de sequestro de verbas públicas em casos de extrema urgência, em que estão em jogo o princípio da legalidade financeira; o pagamento via precatório, preceituado pelo art. 100 da CF; e o direito intransponível à vida. Nestes casos, há de prevalecer este último sobre todos os demais.

A única ressalva que merece ser feita é esta: as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, buscando a sua amplitude máxima. Entretanto, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação de tais políticas, privilegia uma classe de cidadãos que possuem consciência de seus direitos e, principalmente, o fácil acesso à justiça – que, como é cediço, infelizmente não é prerrogativa de todos –, em detrimento do resto da sociedade.

Por isso, o fornecimento de medicamentos muitas vezes acaba servindo mais às classes médias do que propriamente às classes mais baixas, o que acaba ferindo o princípio da isonomia.

Ademais, não se pode olvidar da crítica técnica, que diz respeito ao fato de que o magistrado não possui o conhecimento específico necessário para avaliar se determinado medicamento é ou não eficaz para determinado caso concreto, o que deve levá-lo a buscar opiniões de especialistas a fim de instruir tais demandas. Ainda assim, estaria o magistrado se contrapondo às prerrogativas do administrador de fazer suas próprias escolhas dentro da discricionariedade que lhe é inerente e das possibilidades do orçamento.

Logo, diante de casos concretos há de se fazer algumas ponderações, pautando-se sempre pela razoabilidade que se espera da atuação estatal, mesmo quando se trata de políticas públicas relacionadas à saúde. Com base nesses aspectos, a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.073/RN, considerou inadequado o fornecimento de medicamento que não constava na lista do *Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde*:

[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o

sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11/10/2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. (STF, SS nº 3.073/RN. DJ 14/2/2007, grifo nosso)

É correto o entendimento esposado pela ministra, que não deixou de fornecer o medicamento simplesmente pelo fato de não estar incluso na lista do *Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde*, mas em decorrência de uma complexa ponderação de interesses. Ressaltou também que o medicamento requerido ainda se encontrava em fase de testes e pesquisas, e que o seu alto custo, em contraposição à sua duvidosa eficácia, não autorizaria a intervenção judicial na discricionariedade administrativa.

Dessa forma, o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada sob pena de privilégio injustificado a determinada categoria de indivíduos e até mesmo de dar azo a fraudes. Ademais, deve o Poder Judiciário optar por fornecedores nacionais e, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, privilegiar os de menor custo, como os genéricos, pautando-se sempre pela razoabilidade que se espera da atuação estatal, pelo mínimo existencial e pela reserva do possível.

7 Conclusão

Vê-se, portanto, que questões as quais deveriam ser resolvidas em âmbito administrativo cada vez mais têm sido trazidas ao Poder Judiciário. Tal fenômeno decorre do modelo constitucional brasileiro e representa, dessa forma, uma opção do constituinte.

Essa “judicialização”, entretanto, não deve ser confundida com o fenômeno do “ativismo judicial”: embora sejam próximos, representam institutos distintos e, sob o ponto de vista da razoabilidade, deveriam figurar em lados opostos.

O fato de determinada questão ser levada ao âmbito de apreciação do Judiciário não significa, de forma alguma, autorizar o magistrado a agir proativamente

e interpretar o conteúdo das normas constitucionais de forma extensiva, para ir além do alcance do legislador.

Essa postura irracional e movida por razões injurídicas tem causado sérios riscos ao orçamento estatal: a cada decisão concedida por magistrados que não fazem o correto sopesamento de princípios, uma parcela do orçamento é comprometida com determinado caso concreto, em detrimento de sua destinação originária - ou seja, em detrimento de toda a coletividade.

Muitas vezes aquela verba pública, sequestrada judicialmente, já está comprometida pelo administrador, a quem cabe fazer a escolha do orçamento. Por conta de decisões judiciais que simplesmente ignoram a ideia do núcleo dos direitos fundamentais, a reserva do possível e a razoabilidade, esse montante acaba sendo desviado de sua finalidade inicial para beneficiar um único cidadão.

Tal atitude não despreza apenas o princípio da legalidade financeira, da separação dos poderes e da isonomia, como põe em xeque a própria legitimidade democrática, tendo em vista que se está deixando ao alvedrio do Poder Judiciário a decisão de questões eminentemente políticas e que deveriam ser decididas pelos poderes competentes, por intermédio de seus representantes eleitos democraticamente pelo povo.

Dessa forma, observa-se uma ausência de capacidade institucional do Judiciário para decidir certas matérias, mas que, mesmo assim, passa por cima do tema e acaba tomando decisões descabidas e violadoras do Estado Democrático de Direito e da própria coletividade. Isso é facilmente perceptível quando a questão alcança o fornecimento de medicamentos, já que é dever do Estado promover a saúde do cidadão (art. 196 da CF).

Dentro desse direito fundamental - direito à saúde -, muitos abusos são cometidos, todos motivados por decisões de cunho eminentemente emocional, e não jurídico. Logicamente, dentro do núcleo do direito fundamental - como a vida, por exemplo - não há de se falar em abuso judicial, mas sim em atuação ativa do Judiciário para corrigir os erros da Administração. Aí sim tem o magistrado amplo poder para fazer valer o núcleo essencial do direito, trabalhando com a ideia dos "casos-limite" e dos parâmetros para orientação da atividade judicial.

Agora, tratando-se do fornecimento de medicamentos caros, sem comprovação da eficácia e sem qualquer indício de que possam trazer uma cura ou uma sensível melhora à saúde do cidadão, há de se respeitar a discricionariedade do administrador em sua escolha. O mesmo se aplica ao caso da educação, que pode ser promovida por diferentes formas (arts. 205 e 208 da CF).

Ao considerar que o direito à creche de crianças até cinco anos, por se enquadrar em uma das formas de expressão do direito à educação, deve ensejar a possibilidade de sua cobrança pela via judicial, inclusive através da concessão de medidas liminares e antecipatórias - ou seja, irreversíveis -, muitos direitos fundamentais acabam sendo deixados de lado pelo Estado, que simplesmente não pode fazer "milagres" em matéria orçamentária.

Se, por um lado, é louvável que o Judiciário intervenha nos “casos-limite” para assegurar o estrito cumprimento pelo Estado do núcleo dos direitos fundamentais do cidadão – como o direito à vida, por exemplo – é inadmissível que intervenha em situações nas quais o núcleo de tais direitos está sendo respeitado, a fim de modificar as escolhas feitas pelo administrador. Porém, infelizmente, como já afirmado, o Judiciário tem atuado ativamente em situações quando deveria respeitar a escolha administrativa.

De fato, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição e deve, sim, fazer valer os direitos fundamentais nela assegurados, em observância ao mínimo existencial e à razoabilidade. Nas demais situações, entretanto, deve acatar a opção feita pelo administrador, respeitando a sua discricionariedade técnica e zelando pela isonomia, pela segurança jurídica e pela legitimidade democrática.

Finalmente, é preciso trazer uma reflexão, já levantada por Luís Roberto Barroso: a “judicialização”, como questão atual, tem utilizado como solução o “ativismo judicial” para a resolução dos conflitos. Entretanto, a atenção direcionada ao tema deveria, na verdade, se voltar para o debate administrativo, o debate durante a elaboração do orçamento: um grande debate público sobre as políticas de saúde e educação no país, entre outros direitos fundamentais (BARROSO, 2009b).

A palavra correta seria “prevenção”, em vez de “judicialização”. A expansão do Judiciário e a atitude proativa dos magistrados têm desviado a atenção da sociedade para o profundo problema da democracia brasileira: a crise de representatividade e legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo, de modo que a sociedade precisa de uma reforma política, que jamais poderá ser feita por magistrados.

FINANCIAL LEGALITY AND JUDICIAL ACTIVISM: JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLITICS

ABSTRACT: This essay attempts to report the current problem of “judicialization of public policies” *versus* budget laws, in order to identify reasonable parameters to guide the judicial activity. Therefore, Superior Courts decisions in complex cases were highlighted in the report. In such cases, the courts tried to establish their own limits for intervention, in order to reinforce the harmony between State Powers (checks and balances), while ensuring the effectiveness of constitutional laws.

KEYWORDS: Financial Legality. Public policies “judicialization”. Judicial activism. Minimal existential. Essential core of the fundamental rights.

Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à Ciência das Finanças*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Intervenção na Audiência Pública sobre Medicamentos*, encerrada em 7/5/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2010.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, n. 46, p. 31-62, 2007. Parecer elaborado por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/Revista63/0402-Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica OAB Editora*, n. 5, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.