

# A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais\*

Alceu Mauricio Jr.\*\*

## 1. Introdução.

A noção de uma Constituição com força normativa, que declara direitos e liberdades fundamentais e atribuiu aos órgãos judiciários a tarefa de controlar o respeito a essas normas, coloca em tensão a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta tensão se agrava quando reconhecemos que o conteúdo desses direitos e liberdades fundamentais – vistos como princípios – não é a priori determinado. Da indeterminação do Direito resulta que a jurisdição constitucional exercerá, pelo menos em certa medida, um poder discricionário.

A intervenção judicial nas políticas públicas – e por consequência nas escolhas orçamentárias – enfrenta problemas de diversos matizes. O estudo do princípio da divisão dos poderes nos mostra que a Constituição não atribui ao Judiciário competência originária para resolver questões relativas à alocação de recursos, salvo a administração dos próprios tribunais; tais poderes foram endereçados primariamente aos órgãos políticos – Legislativo e Executivo – e mesmo a existência de uma regra geral de competência judicial deve ser vista com cautelas, pois está endereçada a casos extraordinários, e não à elaboração ordinária de políticas públicas.<sup>1</sup>

O princípio da divisão dos poderes, analisado em sua dimensão positiva, exige também uma relação de adequação – ou justeza funcional – entre a função estatal e o

---

\* Publicado originalmente em Revista Diálogo Jurídico, n. 15, Salvador, 2007. Disponível em [http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf).

\*\* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Juiz Federal no Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Com essa orientação, Abramovich & Courtis reconhecem que; “la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas em materia de políticas sociales. De allí que se reconozca a los poderes políticos del Estado un amplio margen de actuación en el diseño e ejecución de esas políticas”. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 248-249.

órgão incumbido de sua realização.<sup>2</sup> Sob este prisma, o Judiciário também enfrenta problemas, pois nem seu corpo funcional, nem os procedimentos judiciais, são especializados na solução de problemas como a definição de uma política de saúde pública, de habitação, ou de educação, por exemplo, que demandam análise técnica profunda e, principalmente, continuada, que não se encaixa bem na idéia de um processo que busca a extinção no menor prazo.<sup>3</sup>

Por sua vez, o princípio democrático impõe que as decisões sobre as questões de interesse da comunidade sejam decididas prioritariamente pelos detentores de representação popular, o que não é o caso dos juízes no Brasil, que não são eleitos e possuem vitaliciedade no cargo.<sup>4</sup>

Não obstante, o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático não impõem uma barreira absoluta à revisão judicial de decisões sobre a alocação de recursos no Estado, mas exigem o respeito – e até uma precedência – das decisões tomadas pelos órgãos políticos. É necessário, então, buscar critérios que tracem as fronteiras de atuação do Judiciário na revisão das escolhas orçamentárias. Certamente, não será possível traçar critérios precisos o suficiente para resolver qualquer questão relativa à implementação de prestações estatais, pois isto seria uma contradição com a própria idéia de indeterminação do Direito. Mas é possível, ao menos, apresentar alguns parâmetros que, a priori, limitam

---

<sup>2</sup> Na sua dimensão positiva, o princípio da divisão dos poderes visa a assegurar uma adequada ordenação das funções do Estado, intervindo como “esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”. Nesta dimensão, a preocupação não é propriamente com o controle do poder, mas com a atribuição de funções específicas a órgãos especialmente criados para o seu desempenho. Os órgãos estatais devem ter sua estrutura e seu procedimento de atuação conformados de acordo com as tarefas a ser desempenhadas, limitando-se, conseqüentemente, às funções para as quais foram instituídos. Conforme ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. Karin P. A. Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411-412; CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 250 e 449-450.

<sup>3</sup> Os processos judiciais são orientados para a extinção, com ou sem o julgamento do mérito da causa (CPC, arts. 267 e 269), e não para o desenvolvimento de um programa ou projeto. Também nesse sentido, vide ABRAMOVICH & COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 249.

<sup>4</sup> A intervenção judicial nas políticas públicas enfrenta, além de problemas inerentes ao princípio da divisão dos poderes, tensões com o princípio democrático, pelo qual as decisões de interesses da coletividade devem ser tomadas pelo povo, através de seus representantes ou diretamente. Como o princípio democrático está ligado à idéia de decisão, tomada pela maioria dos cidadãos ou de seus representantes, afirma-se que a jurisdição constitucional apresenta uma dificuldade contra-majoritária, pois os juízes não são eleitos e, portanto, não possuem a legitimidade democrática. Para Habermas, por exemplo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas, do ponto de vista da teoria do discurso, seria uma tarefa pertencente inquestionavelmente ao legislador, e a transferência deste poder para os tribunais demandaria, no mínimo, uma justificação complexa. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. 4<sup>th</sup> printing. Trad. William Regh. Cambridge: The MIT Press, 2001, p. 240-242.

a atuação do Judiciário – resguardando o princípio democrático e o da divisão dos poderes – mas ao mesmo tempo protegem a força normativa da Constituição.

Na tentativa de estabelecer critérios para a intervenção judicial da escolhas orçamentárias, delinearemos questões de natureza formal ou metodológica, ligadas ao controle judicial das decisões legislativas e administrativas. Nestas, destaca-se que, em um Estado Democrático de Direito, os órgãos com representação popular possuem margens de ação – estrutural e epistêmica – que devem ser respeitadas pelo Judiciário, criando uma gradação entre a intensidade do controle judicial e o nível de intervenção – ou grau de não realização – de um direito constitucional, proporcional ao grau de certeza sobre as premissas empíricas que justificam a respectiva intervenção ou não realização.

Em seguida, faremos breve incursão sobre o direito comparado para apresentar a solução adotada pela Corte Constitucional da África do Sul no caso *Grootboom*, em que se adotou uma interessante combinação de justiciabilidade de prestações sociais previstas na Constituição com o respeito à reserva do possível e à deliberação democrática.

Por fim, apresentaremos uma proposta de roteiro para a implementação judicial de prestações estatais, defendendo que a revisão das escolhas orçamentárias deve ser realizada através do próprio orçamento.

## **2. O respeito às margens de ação do legislador e do administrador**

### **2.1. A Constituição como “ordem marco”.**

A introdução de direitos fundamentais sob a forma de princípios nas Constituições provocou uma mudança no conceito de Estado de Direito, pois este não mais poderia ser entendido simplesmente como um Estado-legislação, mas também como um Estado-jurisdição.<sup>5</sup> Todavia, essa mesma noção de direitos fundamentais como princípios pode

---

<sup>5</sup> Como acentua Zagrebelsky, o novo constitucionalismo surgido no pós-guerra tornou necessária a concordância da antiga “face” do Direito – as regras jurídicas colocadas à disposição do legislador – com a outra “face” – a dos princípios contidos na Constituição. Com isto, alterou-se o papel da legislação e da jurisdição na determinação do Direito, deixando de haver entre ambas uma relação de hierarquia. O Estado-legislador, que durante um século foi considerado, na tradição europeia, o depositário exclusivo de todo o poder de determinação do Direito, viu seu papel se redimensionar de “senhor do Direito” para apenas “senhor da Lei”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 152-153.

gerar dois tipos de riscos.<sup>6</sup> O primeiro, como alerta Habermas, é que os direitos fundamentais perdem sua firmeza, que poderia ser garantida unicamente com a estrutura deontológica própria das regras. Adquirindo a estrutura de princípios, os direitos fundamentais perderiam sua característica de “barreira corta-fogo” que está associada ao entendimento deontológico das normas em um discurso jurídico, já que, em caso de colisão, todo o tipo de razões pode adotar o caráter de argumentos que estabelecem fins e, assim, derrubar aquela “barreira”. Além disso, pela falta de medidas racionais para levar a cabo a ponderação, os direitos fundamentais como princípios estariam sob o risco de juízos irracionais.<sup>7</sup>

O segundo tipo de risco aponta para direção oposta. Segundo Böckenförde, os direitos fundamentais entendidos como princípios teriam seus efeitos desdobrados em todo o ordenamento jurídico, gerando eficácia direta em relação a terceiros e exigindo atuação do Estado através do fornecimento de prestações positivas. Entretanto, mais do que isto, a idéia de direitos fundamentais como princípios dá a entender que o ordenamento jurídico em seu conjunto já está plenamente contido na Constituição, só faltando concretizar-se, o que corresponde à sarcástica metáfora de Forsthoff da Constituição como um “ovo jurídico originário”, “do qual tudo surge, desde o Código Penal até a Lei sobre fabricação de termômetros”. Neste modelo, de acordo com Böckenförde, o legislador perderia toda a sua autonomia, pois sua atividade se resumiria em detalhar aquilo que já está decidido pela Constituição. O processo político perderia consideravelmente a sua significação, trasladando-se relevante parcela de poder ao Tribunal Constitucional.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> De acordo com Luis Pietro Sanchís, a idéia de princípios e o método de ponderação que aparecem indissociavelmente unidos “representam um risco para a democracia e para a supremacia do legislador, e, com isso, para a regra da maioria que é o fundamento da democracia”. Este, porém, segundo o próprio Sanchís, é um “risco inevitável” quando se quer manter uma versão “forte” de constitucionalismo, onde a própria Constituição estabelece diretamente alguns direitos e não simplesmente define “a regra do jogo”. SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123-158.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. 4<sup>th</sup> printing. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 2001, p. 258-259. “For if in cases of collision all reasons can assume the character of policy arguments, then the fire wall erected in legal discourse by a deontological understanding of legal norms and principles collapses [...] Because there are no rational standards for this, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies”. Sobre as críticas de Habermas, vide, também, ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, vol. 16, n° 2, p. 131-140, June, 2003.

<sup>8</sup> *Apud*. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 22, n° 66, p. 13-64, 2002, especialmente p. 15 e 16.

A disjuntiva entre Estado jurisdicional e Estado de legislação tem paralelo com duas diferentes concepções de Constituição. A Constituição pode ser vista como uma *ordem fundamental*, se considerarmos nela incluídos todos os princípios jurídicos e possibilidades de configuração da ordem jurídica. Sob esta ótica, segundo Alexy, a Constituição seria equivalente ao “ovo jurídico originário” de Forsthoff, e o legislador estaria limitado a somente declarar – sob o controle do judiciário – o que já fora decidido pela Constituição. Esta concepção de Constituição certamente não seria compatível com o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes.<sup>9</sup> Mas a Constituição também pode ser vista como uma *ordem marco*, em que existe um espaço no qual o legislador não está obrigado a agir nem proibido de agir; um espaço em que o legislador tem permissão para atuar ou para se omitir, ou seja, um espaço de discricionariedade. A metáfora do marco, conforme Alexy, pode ser precisada do seguinte modo: “o marco é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do Legislador, ou seja, o que não está ordenado ou proibido, é o que se encontra no interior do marco”.<sup>10</sup>

## **2.2. A margem de ação estrutural do legislador.**

A Constituição como ordem marco preserva margens de ação para o legislador que podem ser de dois tipos: estrutural e epistêmica. O que as normas da Constituição não ordenam nem proíbe se enquadra dentro da margem de ação estrutural do legislador, que, por sua vez, pode ser de três tipos: a margem para fixação de fins, a margem para a eleição de meios e a margem para a ponderação. Para Alexy, o legislador tem uma margem para fixação de fins frente a um direito fundamental quando este contém uma reserva de competência, deixando abertas razões para a intervenção legislativa, ou mencionando razões para intervir, porém não ordena essa intervenção, mas somente a permite quando ocorrerem as mencionadas razões.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> ALEXY. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 17.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>11</sup> Segundo Alexy, os fins que se enquadram nesta margem de ação são geralmente bens coletivos, pois, se um direito individual é catalogado como razão para a restrição de um direito fundamental, “nos dois pratos da balança entram em jogo princípios constitucionais”, e, desta forma, “neste suposto não teria relevância a margem legislativa para a fixação de fins”. Ibidem, p. 24.

A margem para a eleição de meios surge “quando as normas de direito fundamental não só proíbem certas intervenções legislativas, mas também ordenam a execução de algumas condutas positivas, como quando se trata de direitos de proteção”. Esta margem não traz maiores problemas quando os diversos meios são igualmente idôneos para alcançar o fim determinado; o problema surge quando os meios promovem o fim em diferentes graus. Neste último caso, a decisão dependerá de distintas ponderações.<sup>12</sup>

Surge, desta forma, a questão da margem de ponderação. Alexy, em sua Teoria dos direitos fundamentais, defendeu a idéia de que estes, como princípios, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>13</sup> O problema é que, se essa “otimização” for vista como a busca de um “ponto máximo”, ela desembocará na idéia de uma única resposta correta, o que não seria compatível com a noção de Constituição como uma *ordem marco*. Alexy argumenta em contrapartida que a otimização, de acordo com a teoria dos princípios, está ligada diretamente ao princípio da proporcionalidade, e se este pode ser compatível com a noção de *ordem marco*, a otimização também pode.<sup>14</sup>

Para demonstrar essa compatibilidade, Alexy analisa os sub-princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros sub-princípios, segundo Alexy, “expressam a pretensão, contida no conceito de princípio, de alcançar a maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas”. Todavia, essa idéia “tem muito pouco a ver com um ‘ponto máximo’”. Tanto na idoneidade quanto na necessidade pode-se reconhecer a idéia de otimização: a idoneidade exige que o meio adotado deve estar em condições de promover o fim determinado por um princípio jurídico; a necessidade, por sua vez, exige que, dos meios igualmente idôneos seja escolhido o que não provoque sacrifícios desnecessários para o direito fundamental afetado. Porém, como ressalta Alexy, “ao Legislador não está categoricamente prescrito adotar o meio mais benigno”, pois “não se trata de uma

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>13</sup> Idem. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 86-87.

<sup>14</sup> Idem. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 26.

otimização até um ponto máximo, mas simplesmente a proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais”.<sup>15</sup>

Como os princípios que veiculam direitos fundamentais exigem otimização não somente quanto às possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas, expressadas pelos princípios que jogam no sentido contrário, a proporcionalidade exige o atendimento do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Para realizar essa verificação, Alexy estabelece três passos: primeiro, definir o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio; segundo, definir a importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário; por último, definir se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou não satisfação do outro.<sup>16</sup>

Mas para evitar o perigo de juízos irracionais, como teme Habermas, e para afastar a objeção de Böckenförde de que o modelo de ponderação acabaria por exigir sempre uma decisão exata do legislador, Alexy defende uma tese moderada da ponderação, na qual o balanceamento não conduz necessariamente a um único resultado. Propõe, para tanto, uma escala de pesos, em que as intervenções sobre os direitos fundamentais e a importância da satisfação dos princípios contrários podem ser concretamente avaliados conforme graus leve, médio e grave. A partir desse modelo triádico de atribuição de pesos, pode ser efetuado o terceiro passo da ponderação, verificando-se qual direito fundamental ou princípio terá precedência condicionada sobre os demais.<sup>17</sup>

O que é interessante ressaltar em relação ao modelo de ponderação de Alexy é que ele possibilita a existência de verdadeiros empates, quando a intervenção sobre um direito fundamental possui o mesmo grau (leve, médio ou grave) da importância do princípio oposto, o que torna explícita a margem estrutural de que dispõe o legislador. Obviamente, como o próprio Alexy ressalva, a escala triádica é arbitrária e poderia ser elaborada uma outra com muitos mais graus, o que tornaria as situações de empate remotas, mas “os

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 27-29.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 31-32.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 33-40. Vide, também sobre a fórmula de ponderação, Idem. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, vol. 16, nº 4, p. 433-449, December, 2003. Idem. Constitutional rights, balancing, and rationality, cit.

direitos fundamentais não são uma matéria que possa ser dividida em segmentos tão finos, de tal modo que se suprima a possibilidade de que existam empates estruturais – vale dizer, verdadeiros empates – na ponderação”. Assim, conclui Alexy que “na realidade existe uma margem de ação estrutural do Legislador e da Jurisdição”.<sup>18</sup>

### **2.3. A margem de ação epistêmica do legislador.**

Alexy também chama a atenção para a existência de margens epistêmicas, que aparecem “quando são incertos os conhecimentos acerca do que está ordenado, proibido ou confiado à discricionariedade do Legislador pelos direitos fundamentais”. A causa dessa incerteza pode residir tanto no conhecimento impreciso sobre as premissas empíricas quanto sobre as premissas normativas.

Para exemplificar esse ponto, Alexy traz o caso da sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que se questionou a idoneidade e a necessidade da proibição de produtos derivados da cannabis. Em regra, o Tribunal só admite a intervenção em uma liberdade fundamental se há certeza sobre as questões de fato inerentes à verificação da idoneidade e da necessidade; no caso, se a proibição era idônea e necessária para diminuir os perigos associados à cannabis. Na mencionada decisão, o que se afirmou foi exatamente a incerteza sobre essa premissa empírica,<sup>19</sup> mas o Tribunal admitiu a intervenção legislativa no direito fundamental porque reconheceu que legislador dispõe de “uma margem de ação com respeito ao conhecimento de fatos relevantes”, ou melhor, “uma margem de ação epistêmica do tipo empírico”.<sup>20</sup>

Por outro lado, quando se fala de uma margem de ação epistêmica de natureza normativa, trata-se dos casos em que “não há uma certeza sobre qual a maneira de sopesar os direitos fundamentais que entram em jogo”, reconhecendo-se que “o Legislador dispõe de um determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão segundo sua própria valoração”. Um exemplo de reconhecimento de margem de cognição normativa do Legislador, segundo Alexy, pode ser encontrado na sentença de 1998 do Tribunal Constitucional Alemão sobre a proteção aos trabalhadores na rescisão do

<sup>18</sup> ALEXY. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 48.

<sup>19</sup> Conforme Alexy, o Tribunal afirmou que “não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que digam necessariamente a favor da correção de um ou outra alternativa”. Ibidem, p. 50.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 50.

contrato de trabalho. Nesse julgado, questionava-se a legislação laboral que dispensava fábricas com menos de cinco empregados de cumprir certas prescrições laborais sobre a rescisão trabalhista, tendo o Tribunal reconhecido que o legislador possui “uma ampla margem de configuração”, que abarca não somente apreciações empíricas, mas também “as valorações da situação em que se encontram os interesses, vale dizer, o cálculo da importância que tem um frente ao outro e a determinação da medida em que devem ser protegidos”. Desta forma, “na solução de uma colisão entre direitos fundamentais, o que a Constituição garante pode se proteger em um grau mínimo ou em um superior”, e, “se não se garante menos do que o mínimo exigido pela Constituição, esta não resulta vulnerada”.<sup>21</sup>

#### **2.4. O princípio formal da competência do legislador e os graus de intervenção.**

Resta agora enfrentar uma questão: se os direitos fundamentais – vistos como princípios constitucionais – exigem que a finalidade neles prevista se realize ao máximo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, como então aceitar a existência de margens de cognição empíricas e normativas para o legislador? Neste ponto, argumenta Alexy, entra em jogo o *princípio formal*<sup>22</sup> da competência do legislador para tomar decisões, que se legitima a partir do próprio princípio democrático. Trata-se de um princípio formal ou procedimental porque não estabelece qualquer conteúdo, mas apenas assinala quem deve estabelecer esse conteúdo. Enquanto tal, “este princípio impõe que o Legislador democraticamente legitimado seja, na maior medida possível, quem tome as decisões importantes para a comunidade”.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>22</sup> ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 100.

<sup>23</sup> ALEXY. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, cit, p. 53. Veja-se que o próprio Zagreblesky afirma que “à Lei deve se reconhecer um valor em si mesma”, com independência de seus conteúdos e de seus vínculos de derivação a partir dos preceitos constitucionais. O reconhecimento da legislação como função originária, para Zagrebelsky, depende necessariamente que a Constituição não seja concebida como um sistema fechado, mas sim como um contexto aberto de elementos cuja concretização, dentro de certos limites, seja deixada ao legislador: “Alla legge deve perciò essere riconosciuto un valore in sé, come espressione di diritti democratici, indipendente dai suoi contenuti e dai suoi legami di derivazione dai detti costituzionali [...] Il riconoscimento della legislazione come funzione originaria e non derivata dipende necessariamente dalla concezione della Costituzione non come un sistema chiuso di principi ma come un contesto aperto di elementi, la cui determinazione storico-concreta, entro i limiti di elasticità che tale contesto permette, è lasciata al legislatore. Solo così, l’esistenza di una Costituzione contenente principi sostanziali può non contraddire il pluralismo, la libertà della dinamica politica e la competizione tra

Este princípio formal pode entrar em colisão com um direito fundamental nos casos em que não há certeza empírica ou normativa sobre a questão a ser regulada, e duas soluções são possíveis. Uma delas consiste em atribuir primazia absoluta ao princípio fundamental material frente ao princípio formal da competência do legislador em todos os casos de incerteza empírica ou normativa, mas isto teria como consequência a “eliminação, quase por completo, da liberdade de ação do Legislador em extensos âmbitos da vida política”. Esta solução, segundo Alexy, “não seria aceitável sob o ponto de vista de uma Constituição que institui um Legislador e, ainda mais, que institui um legislador democraticamente legitimado de maneira direta”, além do que “não seria compatível com o princípio da separação dos poderes, nem com o princípio democrático”. Entretanto, a solução oposta – de dar primazia absoluta ao princípio formal de competência do legislador – também não seria aceitável, pois “permitiria ao Legislador levar a cabo intervenções extraordinariamente intensas nos direitos fundamentais”.<sup>24</sup>

Se as duas soluções extremas devem ser descartadas, deve ser construída uma solução intermediária, que exige variados graus de certeza sobre as premissas empíricas e normativas conforme o grau de intervenção em um direito fundamental. Assim, Alexy formula a sua segunda lei de ponderação, ou lei epistêmica de ponderação, que assinala: “quanto mais intensa for uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que a sustentam”.<sup>25</sup>

Esta, aliás, foi a metodologia adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão na sentença sobre a participação dos trabalhadores nas empresas,<sup>26</sup> em que foram diferenciados três graus de controle: o *controle material intensivo*, o *controle de plausibilidade* e o *controle de evidência*. No controle material intensivo, aplicado em casos de intervenções de alta intensidade sobre um direito fundamental, exige-se uma elevada certeza das premissas empíricas que sustentam ditas intervenções. No controle de plausibilidade, aplicável a intervenções de nível médio, basta que as premissas empíricas

---

proposte alternative”. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite*, cit., p. 210

<sup>24</sup> ALEXY. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 53-54.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>26</sup> Sobre o “Codetermination Case” (50 BVerfGE 290 [1979]), vide KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the federal republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> ed. Durham: Duke University Press, 1997, p. 267-274.

sejam plausíveis ou estimáveis. Por fim, quando a intervenção sobre um direito fundamental for mínima, basta que não seja evidente a falsidade das premissas adotadas pelo legislador.<sup>27</sup>

O mesmo se pode dizer em relação à margem de cognição normativa do legislador. Quando um dos direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação não tem peso suficiente para inclinar a balança a seu favor, encontramos-nos diante de um verdadeiro empate ou uma situação “epistemicamente neutra”, na qual os princípios materiais “não têm força para evitar que o princípio da competência decisória do Legislador democraticamente legitimado conduza ao reconhecimento de uma margem epistêmica para a ponderação”.<sup>28</sup>

Obviamente, este *princípio formal* da competência do legislador não pode se transformar em instrumento para violação dos direitos fundamentais, e, por isso, ele só prevalecerá sobre um princípio de direito fundamental material quando estiver ligado a outro princípio também material, no que Alexy denomina de “lei de conexão”. Porém, havendo incerteza quanto aos conhecimentos – empíricos ou normativos – relevantes à solução do caso concreto, o *princípio formal* da competência do legislador deve ser respeitado. Como diz Alexy, o *princípio formal* contribui para a repartição de competências decisórias entre o Tribunal Constitucional e o legislador quando se apresentam incertezas acerca da relação entre os princípios materiais. Contudo, a partir do momento em que desaparece a incerteza, o *princípio formal* sai de jogo, o que “exclui a possibilidade de um Tribunal Constitucional dizer que em um caso foi vulnerado um direito fundamental, mas que deve ser respeitado o entendimento jurídico do Legislador só como conseqüência de razões formais”.<sup>29</sup>

### **3. As margens de ação do legislador no direito constitucional brasileiro.**

A idéia do respeito às margens de cognição do legislador também se enquadra no direito constitucional brasileiro. Se o controle jurisdicional de constitucionalidade é admissível, é necessário delimitar sua intensidade. Conforme Humberto Ávila, pelo fato

<sup>27</sup> ALEXY. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, cit, p. 56-57.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 62. Como já se manifestara anteriormente, “a competência do Tribunal Constitucional termina nos limites do que é definitivamente devido”. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 501.

de o Poder Legislativo tomar decisões resultantes de discussões e votações democráticas, ele dispõe de uma *liberdade de configuração* ou *margem de apreciação*, relativamente ao conteúdo de seus atos. O Legislativo tem “uma espécie de prerrogativa de avaliação”, ou seja, o “poder de escolher entre mais de uma premissa concreta duvidosa que irá restringir algum direito fundamental e servirá de ponto de partida para o controle pelo Poder Judiciário”. Disto decorre que o Legislativo tem a “prerrogativa de escolher as premissas empíricas”, o que significa que a premissa escolhida por este Poder como justificativa para restringir um direito fundamental “não poderá ser simplesmente substituída pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade”. Consequentemente, o Legislativo também possui uma *margem de prognose*, em relação “à previsão dos efeitos futuros da adoção de uma medida que visa a promover efeitos relativos ao interesse público”.<sup>30</sup>

Entretanto, apesar de essas prerrogativas serem inerentes ao princípio democrático, isso não significa, para Ávila, que as decisões do Legislativo não sejam judicialmente controláveis. Ao invés, Ávila procura fixar critérios para um controle judicial forte, médio ou fraco. Em resumo, o controle judicial e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental “deverão ser tanto mais intensos quanto maior for”.<sup>31</sup>

- (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo;
- (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental;
- (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido;
- (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais).

Na presença desses fatores, argumenta Ávila, o controle do Judiciário deverá ser maior, principalmente quando a premissa adotada pelo Legislativo for evidentemente errônea. Cabe ao Judiciário, nesses casos, “avaliar a avaliação” do Legislativo, pois se

---

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n° 236, p. 369-384, abr./jun. de 2004, especialmente p. 380-381. Como exemplo, Ávila coloca que o Legislativo é “o órgão competente para avaliar qual a melhor medida para combater uma epidemia e se ele entender que é o consumo de carne bovina que está causando a doença, porque existe um nexo de causalidade entre o consumo e o aumento da epidemia, não poderá o Poder Judiciário partir de outra premissa para a analisar a constitucionalidade da lei”.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 381-382.

este “podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi realizada em consonância com o princípio democrático que lhe incumbe realizar”. Por outro lado, segundo Ávila, o controle do Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverão ser tanto menos intensos quanto mais:<sup>32</sup>

- (1) duvidoso for o efeito futuro da lei;
- (2) difícil e técnico for o julgamento da matéria;
- (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição.

Nos casos acima, o controle judicial deve ser menor, pois se torna mais difícil uma decisão autônoma do Judiciário. Isto, porém, não impede que exista um exame judicial das decisões legislativas, mas apenas indica que esse exame deve ser menos intenso, cabendo ao Judiciário apenas “verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes do conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência”. Ávila então conclui que:<sup>33</sup>

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser mais ou menos intenso, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro poder com base no princípio da separação dos poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada.

A jurisprudência do STF também reconhece a existência de margens de ação para o legislador. Um exemplo marcante é o ADI nº 1.232-1/DF, que questionou os parâmetros da adotados pela Lei nº 8.742/1993, art. 20, § 3º. Este dispositivo, regulamentando o disposto no art. 203, V, da CF, considerou que, para que a família da pessoa idosa ou deficiente física pudesse ser considerada incapaz de prover o sustento daqueles, sua renda per capita mensal deveria ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A liminar foi indeferida pelo então relator, Ministro Mauricio Corrêa, que afirmou ser “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente dois fatores; de um lado a *necessidade* do beneficiário, e de outro, a *possibilidade* de quem arca com o encargo”, tomando por fundamento que: “o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 382.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 383.

lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”.<sup>34</sup> Ao julgar o mérito o relator, Min. Ilmar Galvão, votou por dar interpretação conforme, para reconhecer a possibilidade de provar a incapacidade por outros meios, mas o Plenário rejeitou essa tese, mantendo o entendimento firmado por ocasião da decisão sobre a Medida Cautelar.<sup>35</sup>

#### **4. As margens de ação do administrador.**

A intervenção judicial sobre as escolhas orçamentárias deve atenção não somente às margens de ação do legislador, mas também às margens de ação do administrador. No sistema constitucional brasileiro, as decisões sobre a alocação de recursos são deixadas, em grande medida, sob a incumbência do administrador público. Vale lembrar que a montagem do projeto orçamentário é competência do Executivo, assim como a própria execução orçamentária. Isso sem contar a execução de leis – como a que criou a “renda básica da cidadania” – que atribuem ampla margem de competência ao Executivo.<sup>36</sup>

Portanto, o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes também impõem que o Judiciário reconheça margens de ação estruturais e cognitivas ao Executivo, principalmente no que concerne às premissas empíricas utilizadas para a decisão. Com isso, não se pode aderir integralmente à idéia de que a lei – e aí também a Constituição –, quando estabelece uma margem de discricionariedade, “não aceita do

---

<sup>34</sup> STF. ADI nº 1.231-1/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. p/ Ac. Min. Nelson Jobim. D.J. 01/06/2001. Inteiro teor disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25/08/2004. Grifos são do original.

<sup>35</sup> Ibidem. Segundo o Ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão, “não há interpretação conforme possível, porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição”.

<sup>36</sup> Na lei que instituiu este benefício, atribuiu-se ao Poder Executivo expressamente, e com exclusividade, a competência para fixar o valor da prestação a ser paga pelo Estado, bem como a evolução e extensão do benefício, fazendo-se menção expressa às restrições orçamentárias e aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Trata-se de um benefício instituído por lei, e não diretamente pela Constituição, mas nem por isso o controle jurisdicional da atividade administrativa se torna menos intrincado, pois a margem de ação conferida ao Executivo foi extensa. Este é um caso de discricionariedade administrativa forte. Lei nº 10.835, de 08/01/2004. D.O.U. de 09/01/2004. Assim prescreve a mencionada lei: “Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário. § 1º A abrangência mencionada no caput deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população. [...] Art. 2º Caberá ao Poder Executivo definir o valor do benefício, em estrita observância ao disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal.”

administrador outra conduta que não seja capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”.<sup>37</sup>

Conforme Ávila, “nem sempre é possível – ou mesmo plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e o mais seguro na realização do fim”, pois “isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a administração”. Como Ávila destaca:<sup>38</sup>

[O] princípio da separação dos poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções. Cada Poder deve conservar uma prerrogativa de avaliação (*Einschätzungsprärogative*).

## **5. A intervenção judicial em decisões orçamentárias no direito comparado: a Corte Constitucional Sul-Africana e o caso *Grootboom*.**

A República da África do Sul possui uma interessante experiência constitucional que, embora recente, traz uma valiosa contribuição para o estudo da implementação judicial de prestações estatais.

Algumas semelhanças ligam o Brasil à África do Sul. Assim como o nosso país, aquela república africana possui uma nova ordem constitucional recente – sua nova Constituição é de 1996 –, baseada no princípio democrático e na dignidade humana, e com supremacia sobre o ordenamento jurídico.<sup>39</sup> A Constituição sul-africana possui um catálogo de direitos (*Bill of Rights*) que inclui não somente as clássicas liberdades civis e políticas, mas também direitos econômicos, sociais e culturais,<sup>40</sup> que podem ser

<sup>37</sup> Esta é posição de Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade impõe o “dever de adotar a melhor decisão”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-36.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 427-429.

<sup>39</sup> República da África do Sul. Constituição. Disponível em <<http://www.concourt.gov.za/>>. Acesso em 20/01/2005. Assim dispõe o art. 1º da Constituição sul-africana: “The Republic of South Africa is one sovereign democratic state founded on the following values: (a) A commitment to promote and protect human dignity, to achieve equality and to advance human rights and freedoms. (b) A commitment to promote non-racialism and non-sexism. (c) Supremacy of the Constitution. (d) Universal adult suffrage, a common voters roll, regular elections, and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness”.

<sup>40</sup> No Bill of Rights da Constituição sul-africana, op. cit. nota supra, estão relacionados direitos a (arts. 9 a 35): liberdade; dignidade humana; vida; liberdade e segurança pessoal; não ser escravizado ou submetido a trabalhos forçados; privacidade; liberdade de religião crença e opinião, liberdade de expressão, reunião e associação; direitos políticos; cidadania; liberdade de circulação e residência; liberdade de comércio,

aplicados diretamente pelo Judiciário.<sup>41</sup> É importante observar que, ao enumerar esses direitos sociais, a Constituição sul-africana os associa à reserva do possível, afirmando que o Estado deve tomar “razoáveis” medidas legislativas e outras medidas que promovam a “progressiva realização” desses direitos, “na medida dos recursos disponíveis”.<sup>42</sup>

Além da semelhança entre as propostas constitucionais, Brasil e África do Sul compartilham uma realidade social nada invejável, marcada pela profunda desigualdade.<sup>43</sup> A África do Sul, após anos sob o regime do apartheid, encontrava-se com enorme contingente populacional na linha da pobreza ou abaixo desta. Mesmo após anos do término do regime discriminatório e da implementação da nova e progressista Constituição, a África do Sul continuava entre as nações com maior desigualdade social do mundo, e o motivo era bem simples: o Estado simplesmente não tinha recursos para atender a todas as necessidades da população.<sup>44</sup>

Nesse contexto, englobando, de um lado, a existência de uma Constituição consagrada de direitos prestacionais dotados de justiciabilidade, e, de outro, uma extensa parcela da população ainda padecendo das mazelas da pobreza, não seria estranho que alguns casos chegassem à Corte Constitucional daquele país. Desses, um dos que tem sido destacados como paradigma da intervenção estatal nas políticas públicas

---

ocupação e profissão; direitos trabalhistas; meio-ambiente; propriedade; habitação; saúde, comida, água e segurança social; direitos da criança e do adolescente; educação; língua e cultura; acesso à informação; justiça administrativa; acesso ao judiciário; e direitos de detentos e acusados.

<sup>41</sup> Ibidem, art. 8º: “(1) The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state. (2) A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. (3) When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court: a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1)”.

<sup>42</sup> Ibidem. Vide, por exemplo, o direito à saúde, garantido no art. 27: “(1) Everyone has the right to have access to: a) health care services, including reproductive health care; [...] (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights”.

<sup>43</sup> Segundo Sunstein, houve intenso debate sobre a introdução de direitos sociais na Constituição sul-africana, muito influenciado pelo particular legado do regime do *apartheid*. O argumento em prol do reconhecimento dos direitos sociais no final se tornou irresistível, pois demonstrava o compromisso em superar os efeitos daquele nefasto legado. SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy. What constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 224.

<sup>44</sup> Conforme BERGER, Eric. The right to education under the south african constitution. *Columbia Law Review*, New York, vol. 103, nº 3, p. 614-661, April, 2003.

é o caso *Government of Republic of South Africa and others v Grootboom and others*,<sup>45</sup> que já encontra razoável repercussão na doutrina jurídica.<sup>46</sup>

A questão básica em *Grootboom* era o direito a uma residência adequada, previsto no art. 26 da Constituição sul-africana.<sup>47</sup> A senhora Grootboom e outros autores moravam em acampamentos informais em uma região sujeita a alagamentos. Muitos deles se candidataram a programas governamentais de habitação popular, mas esperavam na lista há algum tempo e não tinham previsão de disponibilidade de residências. Com a proximidade da estação das chuvas, mudaram-se para um terreno com maior drenagem que, todavia, pertencia a um particular. Despejados judicialmente, tentaram voltar para o antigo acampamento, mas este já se encontrava ocupado por outras pessoas. Moveram, então, uma ação perante a *High Court* sul-africana, a qual não entendeu haver violação do art. 26 da Constituição, mas sim violação do art. 28, que confere às crianças o direito a um abrigo, dentre outros.<sup>48</sup> Dessa forma, a *High Court* determinou o imediato atendimento da pretensão dos autores, determinando ao governo prover refúgio às famílias com crianças, fixando ainda condições mínimas como a existência de sanitários e fornecimento regular de água.<sup>49</sup>

O governo recorreu então à Corte Constitucional, alegando questões ligadas à reserva do possível, firmando-se no precedente estabelecido no caso *Sobramoney*.<sup>50</sup> O

---

<sup>45</sup> República da África do Sul. Corte Constitucional. 2001 (1) SA 46 (CC). Disponível em <<http://www.concourt.gov.za/>>. Acesso em 20/01/2005

<sup>46</sup> Vide, assim, SUSTEIN, Cass R. *The second bill of rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004, p. 211 e 220-228. SUNSTEIN. *Designing democracy...*, cit., p. 221-237. WESSON, Murray. *Grootboom and beyond: reassessing the socio-economic jurisprudence of the south african constitutional court. South African Journal on Human Rights*, Johannesburg, vol. 20, part 2, p. 284-308, 2004. BERGER. *The right to education under the south african constitution*, cit., p. 628-635. ABRAMOVICH & COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit, p. 160-166.

<sup>47</sup> República da África do Sul. Constituição, cit., art. 26: “(1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right [...]”.

<sup>48</sup> *Ibidem*, art. 28: “(1) Every child has the right: [...] c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services”.

<sup>49</sup> WESSON. *Grootboom and beyond...*, cit., p. 286-287. ABRAMOVICH & COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit, p. 161.

<sup>50</sup> O caso *Sobramoney* – 1998 (1) SA 765 (CC) – foi o primeiro em que se confrontou na Corte Constitucional sul-africana a questão da reserva do possível. O requerente era diabético e sofria de falência renal, necessitando de regulares sessões de diálise no hospital estatal de Durban. Este estabelecimento, todavia, possuía poucos equipamentos e não tinha condições de prover o tratamento adequado. No caso, a Corte enfatizou o significado do direito à saúde estabelecido na Constituição. Todavia, tomando por base a expressão contida no *Bill of Rights*, que impunha a realização dos direitos “na medida dos recursos disponíveis” (*within its available resources*), e levando em conta que os recursos do hospital eram

ponto central em *Grootboom* era estabelecer o alcance das “medidas razoáveis” impostas pela Constituição. A Corte fixou que a *razoabilidade* constitucional requeria que um programa implementado para a realização de direitos socioeconômicos deveria ser abrangente, coerente, equilibrado e flexível, insistindo que um programa que exclui parcela relevante da sociedade não poderia ser assim considerado. Dessa forma, o programa governamental de habitação não poderia ser considerado válido na medida em que falhou ao prover as necessidades de pessoas em imediata e desesperada necessidade, devendo ser modificado para atender a essas pessoas, mesmo em prejuízo de objetivos de longo prazo ou da construção de residências permanentes. A Corte, então, determinou que parcela razoável do orçamento para moradia fosse alocada para atender aquela situação emergencial, não aceitando, porém, a solução adotada pela *High Court*.<sup>51</sup>

Em *Grootboom*, a Corte Constitucional não rejeitou completamente o programa governamental de habitação, chegando a afirmar que a quantidade de recursos a ele destinada era substancial.<sup>52</sup> O problema, como já destacamos, é que ele falhava quanto à demanda das pessoas urgentemente necessitadas. Mas para resolver esse problema, a Corte evitou determinar quais prestações eram devidas e como deveriam ser fornecidas, preferindo apenas intervir através da realocação de recursos no orçamento da habitação, deixando, todavia, que a implementação específica ficasse a cargo das autoridades administrativas, a quem em primeira instância incumbe tratar dessas questões.<sup>53</sup>

---

severamente limitados, concluiu que o hospital poderia beneficiar mais pacientes mantendo seus procedimentos atuais, provendo tratamento aos pacientes que poderiam ser curados. Em *Sobramoney*, a Corte não só reconheceu a falta de recursos governamentais como também entendeu que o Judiciário não deveria usurpar funções legislativas, assinalando recursos para uma importante necessidade em detrimento de outras. Conforme BERGER. *The right to education under the south african constitution*, cit., p. 629-630.

<sup>51</sup> Segundo Wesson, a Corte Constitucional entendeu que a opção adotada pela Corte Alta não era aceitável, pois criaria uma situação anômala: pessoas com crianças teriam um direito diretamente justiciável enquanto as demais não teriam direito à moradia. A obrigação de proteção às crianças, segundo a Corte Constitucional, seria primeiramente dever da família, e o Estado estaria obrigado a fornecer abrigo às crianças quando estas, por exemplo, estivessem afastadas da família. WESSON. *Grootboom and beyond...*, cit., p. 288.

<sup>52</sup> República da África do Sul. Corte Constitucional. 2001 (1) SA 46 (CC), cit., parágrafo 47, “All spheres of government are intimately involved in housing delivery and the budget allocated by national government appears to be substantial”.

<sup>53</sup> *Ibidem*, parágrafo 66, “The nationwide housing programme falls short of obligations imposed upon national government to the extent that it fails to recognise that the state must provide for relief for those in desperate need. They are not to be ignored in the interests of an overall programme focused on medium and long-term objectives. It is essential that a reasonable part of the national housing budget be devoted to this, but the precise allocation is for national government to decide in the first instance” (grifamos).

Outro ponto interessante é que para a fiscalização do cumprimento da decisão, a Corte nomeou um órgão independente, no caso a Comissão de Direitos Humanos.<sup>54</sup> Como medidas de implementação de direitos prestacionais não se esgotam em único ato, exigindo uma contínua relação do Judiciário com a instituição controlada, essa estratégia da Corte Constitucional sul-africana parece uma boa opção para evitar a personificação do processo e a perda da imparcialidade judicial, observadas por Owen Fiss na experiência com a *structural injunction* norte-americana.<sup>55</sup>

Como Sunstein ressalta, a Corte em *Grootboom* teve o mérito de trilhar um caminho intermediário entre as duas posições diametralmente opostas, que normalmente são apresentadas para a solução de casos envolvendo direitos socioeconômicos: ou bem esses direitos são colocados como não justiciáveis; ou bem eles são vistos como fonte de dever absoluto para o Estado, para assegurar proteção a todos aqueles que necessitam dessas prestações. Em *Grootboom*, a Corte impôs o direito constitucional à habitação ao governo não de forma a garantir que todos recebam abrigo, mas determinando que sejam alocados mais recursos do que ordinariamente seriam destinados ao problema da insuficiência de residências para os pobres, notadamente exigindo a manutenção de um plano para atender pessoas em situação de emergência.<sup>56</sup>

Certas críticas foram dirigidas à decisão em *Grootboom*, notadamente quanto ao não reconhecimento de um núcleo básico dos direitos sociais constitucionais, exigível de forma direta e individualmente,<sup>57</sup> mas, como disse Sunstein, a solução adotada pela Corte Constitucional sul-africana permitiu a possibilidade de prover proteção judicial a certas prestações sociais ligadas ao mínimo existencial em um modo que respeitou as prerrogativas democráticas e o fato de existirem limitações orçamentárias. Em *Grootboom*, garantiu-se respeito às prioridades constitucionais e especial atenção a necessidades particulares sem menosprezar os julgamentos democráticos sobre como definir essas prioridades. Enfim, ao exigir o estabelecimento de programas razoáveis,

---

<sup>54</sup> Ibidem, parágrafo 97, “The Human Rights Commission is an amicus in this case. Section 184 (1) (c) of the Constitution places a duty on the Commission to “monitor and assess the observance of human rights in the Republic. [...] In the circumstances, the Commission will monitor and, if necessary, report in terms of these powers on the efforts made by the state to comply with its section 26 obligations in accordance with this judgment”.

<sup>55</sup> FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 93.

<sup>56</sup> SUNSTEIN. *Designing democracy...*, cit., p. 233-235. Idem. *The Second Bill of Rights...*, cit., p. 227-228.

<sup>57</sup> Vide WESSON. *Grootboom and beyond...*, cit., p. 297-305.

com cuidadosa atenção às limitações orçamentárias, a Corte assentou a possibilidade de prestações estatais serem justificáveis sem que se menospreze a reserva do possível.<sup>58</sup>

## **6. A intervenção sobre as decisões relativas à alocação de recursos através do próprio orçamento.**

O raciocínio desenvolvido até este ponto nos leva a entender que a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos – ou seja, sobre as escolhas orçamentárias – deve ser feita através do próprio orçamento. Em outras palavras, havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido. Algumas razões apontam nessa direção, senão vejamos.

A intervenção judicial nas políticas públicas através do orçamento leva em conta a reserva do possível, pois permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas. O orçamento funciona como excelente fonte de prova para as questões ligadas à reserva do possível, o que é uma decorrência direta da centralidade do orçamento na implementação de prestações estatais.<sup>59</sup>

Esta prática resguarda as margens de ação do legislador e do administrador público, tendo em vista que o juiz não dirigirá a política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que merece atenção. Caberá ao Legislativo e ao Executivo, na discussão política, resolver sobre a realocação necessária ou sobre a necessidade de criação de novas fontes de recursos.

A intervenção através do orçamento também visa à obediência das normas constitucionais orçamentárias. Não pode o juiz, a pretexto de dar efetividade à

---

<sup>58</sup> SUNSTEIN. *Designing democracy...*, cit., p. 236.

<sup>59</sup> Como bem salientaram ABRAMOVICH & COURTIS, “la clave para que prospere el reclamo judicial reside en identificar situaciones fácticas que el Estado haya reconocido y que ya no puede razonablemente discutir – como e pez que por la boca muere”. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 169-179.

Constituição, desrespeitar o próprio texto constitucional. Ao exercer a competência implícita no art. 5º, XXXV, da Constituição, revisando as decisões do legislador e do administrador, o juiz não pode se furtar a obedecer aos preceitos constitucionais a que estão sujeitos os próprios órgãos políticos.

Ademais, as escolhas orçamentárias do Legislativo e do Executivo não são inteiramente livres. Além de existirem escolhas previamente definidas na Constituição, que vinculam boa parte das receitas, a atividade financeira do Estado se orienta pelos princípios orçamentários da unidade, da universalidade, da responsabilidade e da legalidade, sem contar que deve também atender ao critério da economicidade. Ora, não faz muito sentido argumentar que em um Estado que se proclama democrático, o Judiciário tenha maior liberdade de ação do que os órgãos legitimados pelo voto popular. Pelo princípio democrático, Legislativo e Executivo *prima facie* deveriam ter maior liberdade de ação do que o Judiciário, e não o contrário.

Por outro lado, a intervenção via orçamento tem o mérito de minimizar os aspectos normalmente apontados como negativos em relação ao controle judicial. Em relação ao princípio da separação de poderes, compatibiliza-se a competência judicial com a dos outros órgãos da soberania, atuando o Judiciário apenas residualmente. Também se apresenta razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre a alocação dos recursos. Isto porque, intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial através do orçamento prestigia o princípio democrático.

Uma questão ainda poderia ser levantada: admite a Constituição que o Judiciário determine a alocação de recursos no orçamento? Entendemos que sim. A Constituição, no art. 100,<sup>60</sup> já prevê uma hipótese de vinculação judicial na alocação de recursos. Sempre que a Fazenda Pública é condenada a um pagamento, esta prestação é saldada através do orçamento, no sistema constitucional de precatórios.

---

<sup>60</sup> CF, Art. 100: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

Mas qual a causa desses pagamentos? A Constituição não faz essa distinção e praticamente todos os tipos de condenação pecuniária são saldados através dos precatórios, como, por exemplo, a restituição de tributos, as indenizações por ato ilícito, diferenças pretéritas de salários, benefícios previdenciários, entre outros. O texto constitucional só faz duas distinções, ambas visando dar maior celeridade ao pagamento: as dívidas de natureza alimentar e as obrigações de pequeno valor (CF, art. 100, §§ 1º-A e 3º).

Podemos observar, contudo, que em muitos casos, a condenação é motivada pela violação de um direito fundamental. Por exemplo, na restituição de um tributo declarado inconstitucional, houve invasão indevida do Estado sobre o direito de propriedade do contribuinte (CF, art. 5º, XXII); na indenização por dano moral, houve violação da imagem ou da honra (CF, art. 5º, X). A decisão no RE 179147/SP<sup>61</sup> nos traz um caso concreto para análise. Neste julgado, o STF, reconhecendo a *faute de service*, manteve a condenação da Fazenda Pública a pagar indenização por danos morais à mãe de um presidiário que foi morto por outro presidiário. O que subjaz à condenação é a deficiência na prestação estatal de garantir a integridade física dos detentos, firmada no art. 5º, XLIX, da Constituição.

Ora, se o Judiciário pode intervir no orçamento para determinar que o Estado repare a violação a um direito fundamental, o que impede que se faça uma intervenção para exatamente reduzir os riscos de violação? Não cabe aqui o argumento de que a Constituição só previu a intervenção no orçamento para medidas reparatórias, pois o termo pagamento se refere genericamente a qualquer tipo de prestação, e não somente às prestações pecuniárias. Além do que, ao estabelecer a regra geral de competência do Judiciário, a Constituição garantiu não somente a tutela da lesão, mas também a da ameaça ao direito (CF, art. 5º, XXXV).

Poderíamos até argumentar que a construção interpretativa através do art. 100 da Constituição é desnecessária para a justificação da intervenção sobre o orçamento, e, de fato, a revisão judicial das escolhas orçamentárias poderia muito bem ser desenvolvida simplesmente através da regra geral do art. 5º, XXXV, da CF. Entretanto, o raciocínio através do sistema de precatórios revela que existe hipótese explícita de intervenção

---

<sup>61</sup> STF. RE 179147/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. Por unanimidade D.J. 27/02/1998. Inteiro teor disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20/02/2005.

judicial – ou de criação de vinculações judiciais – no orçamento, e que pode ser estendida a outras violações de direitos fundamentais, bem como permite visualizar certas limitações a essa prática, como veremos mais à frente.

## **7. A intervenção através do orçamento na jurisprudência.**

Diferentemente do que se possa imaginar, a revisão das escolhas orçamentárias através do próprio orçamento não é um procedimento estranho aos tribunais brasileiros. Digna de destaque é a decisão do STJ no RESP 493.811/SP,<sup>62</sup> relatora a Ministra Eliana Calmon, que incorpora boa parte dos argumentos que defendemos neste trabalho.

O Recurso Especial teve origem em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Santos, objetivando compelir essa Prefeitura a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Na ação, ficou comprovado que:

- b) o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos baixou a Resolução Normativa 04/97, deliberando sobre a necessidade de criação de programas governamentais de atendimento previstos no ECA, notadamente para atendimento a alcoólatras e toxicômanos;
- c) após instauração de inquérito civil pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Santos, conclui-se que havia insuficiência grave no atendimento de crianças e adolescentes com problemas de drogadição e que a Municipalidade mostrava-se renitente em cumprir a deliberação do Conselho Municipal;
- d) esgotadas todas as tentativas de resolução pela via extrajudicial, o Ministério Público houve por bem ingressar com a presente ação civil pública, cumprindo sua obrigação de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, VIII do ECA).

Ao decidir o caso, o STJ não invocou um direito constitucional e ilimitado à proteção à criança e ao adolescente, até porque esse expediente seria desnecessário. Conforme a Ministra relatora, “o pedido foi a implementação de um programa adremente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil”. Havia elevado grau de certeza sobre as premissas empíricas que embasavam o pedido do Ministério Público, apuradas em inquérito civil, e não se visava a um dirigismo judicial sobre as políticas públicas do

---

<sup>62</sup> STJ. RESP 493.811/SP. 2ª Turma. Por maioria. Rel. Min. Eliana Calmon. Decisão em 11/11/2003. DJ 15.03.2004, p. 236. Inteiro teor disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 01/03/2005.

município, mas à destinação de recursos orçamentários para um programa adotado pelo órgão municipal competente.<sup>63</sup> Diante dessas peculiaridades, o STJ concluiu que “não se pode alegar [...] inserção do Judiciário na esfera administrativa, como tradicionalmente acontecia”.<sup>64</sup>

A decisão do STJ deixou de acatar o argumento municipal de falta de verbas, mas não ignorou a questão da reserva do possível. Considerou-se que, tendo havido uma prévia decisão sobre a implantação do programa, a questão da previsão dos recursos necessários para o seu desenvolvimento minimamente razoável estava implícita.<sup>65</sup>

Com esses argumentos, o STJ deu provimento ao recurso, determinando a reativação do programa e a inclusão, no orçamento municipal do exercício seguinte, de verba própria e suficiente para atendê-lo.<sup>66</sup>

## **8. Parâmetros para a intervenção através do orçamento.**

### **8.1. Vinculações constitucionais explícitas.**

---

<sup>63</sup> Conforme o voto da Ministra relatora, o Ministério Público, “diante da omissão governamental pleiteou: a) inserção em plano plurianual e na lei orçamentária anual, com destinação privilegiada de recursos públicos para o programa; b) observância da Resolução 4/97 e das Constituições, Federal e Estadual e da Lei Orgânica do Município; e c) inclusão no orçamento de previsão de recursos à implementação do programa de atendimento aos viciados, nos termos do projeto”. *Ibidem*, p. 5.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 5. Um dos precedentes citados no voto da Ministra relatora, apontando para a não intervenção judicial nas políticas públicas, foi o REsp 63.128, cuja ementa dizia: “A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do estado de Goiás são “dirigentes” e “programáticas”. Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as “tarefas” e “programas” pré-estabelecidos) e para o judiciário (“atualização constitucional”). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada. 3. Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida. (REsp 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, unânime, julgado 11/3/1996, DJ 20/5/1996)”.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 7: “Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local? O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente”.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 7. O Julgado recebeu a seguinte ementa: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido” (grifamos).

Um campo relativamente seguro para a revisão judicial das escolhas orçamentárias está no controle das vinculações constitucionais explícitas.

Uma vez que a afetação esteja prevista na Constituição, o Judiciário pode ser chamado para compelir os demais Poderes a rever escolhas orçamentárias que não respeitem a vinculação constitucional. Isto não somente como decorrência da própria normatividade da Constituição, mas também, no caso da execução orçamentária, do disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal. De acordo com esse dispositivo, mesmo que o objeto da receita vinculada só venha a ser realizado em exercício futuro, é vedada a sua destinação a outros fins. Sobre este tópico, há o precedente do STF firmado na mencionada ADI nº 2.925-8/DF.<sup>67</sup>

## **8.2. Políticas públicas incluídas no orçamento, mas não implementadas.**

A revisão judicial das escolhas orçamentárias também se abre para a hipótese de não implementação de uma determinada prestação estatal, mesmo havendo dotação no orçamento para sua execução. Não há nessa situação problema de “verba”, e, portanto, não haverá problemas com a legalidade orçamentária. Entretanto, outras questões podem surgir, tais como: a) problemas de “dinheiro”, decorrentes da falta de arrecadação dos ingressos previstos nas leis orçamentárias;<sup>68</sup> b) problemas técnicos para o fornecimento da prestação; e c) exercício do poder discricionário administrativo no contingenciamento de recursos.

Começamos pelo ponto mais simples: há “verba”, “dinheiro”, e não existem problemas de ordem técnica para o fornecimento da prestação, mas a Administração entende que não deve executar essa política com base em seu poder discricionário. Aqui tem importância a natureza jurídica do orçamento. Este tem natureza meramente formal quando se trata da autorização de despesas, não obrigando o Executivo a efetua-las.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> STF. ADI nº 2925-8/DF. Tribunal Pleno. Por maioria. Rel. originária Min. Ellen Gracie. Rel. p/ Ac. Min. Marco Aurélio. Decisão em 11/12/2003. Inteiro teor disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10/12/2004.

<sup>68</sup> De acordo com Ricardo Lobo Torres, “as políticas públicas dependem de dinheiro, e não apenas de verba”. TORRES. *Tratado de direito constitucional e tributário. Volume V. O orçamento na constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 61.

<sup>69</sup> É relevante observar que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/2000) já prevê uma hipótese de contingenciamento, destinada a resguardar as metas de superávit primário: “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das

Mas esse raciocínio deve observar temperamentos. Não poderá a Administração aplicar um contingenciamento sobre dotações orçamentárias se dessa prática resultar violação ao princípio da isonomia. Abramovich & Courtis observam com lucidez que, de fato, um dos maiores problemas para alcançar a proteção judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais é saber, em relação a cada direito em particular, a extensão da prestação devida pelo Estado. Mas, quando um direito dessa natureza é reconhecido a um grupo ou a pessoas determinadas, torna-se mais fácil controlar a razoabilidade e a legalidade do fator de diferenciação utilizado.<sup>70</sup> Mesmo no caso de direitos sociais que transbordam ao mínimo existencial, o Estado não pode distribuir prestações de forma não isonômica.

Outro ponto relevante é que a Administração deve justificar o contingenciamento, com um grau pelo menos mínimo de razoabilidade. Afinal, o orçamento espelha um juízo prévio do Legislativo sobre a reserva do possível, e mesmo não sendo imperativos os créditos aprovados, mas apenas limitativos, o Executivo deve ter uma explicação ao menos plausível para rever essas decisões, quando não houver problemas de arrecadação. Nestes casos, o controle judicial deve ser menos intenso, bastando que a Administração aponte que o contingenciamento visa a alcançar um outro fim público relevante.

O controle sobre a discricionariedade, entretanto, deve ser intenso quando a prestação sacrificada pelo contingenciamento estiver ligada à proteção do mínimo existencial. Havendo disponibilidade financeira, não pode prevalecer a discricionariedade administrativa quanto à aplicação das dotações orçamentárias que visam a atender a direitos fundamentais.<sup>71</sup> Isto, que já é decorrente da normatividade reforçada dos direitos fundamentais, também pode ser extraído do art. 9, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações

---

metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”.

<sup>70</sup> ABRAMOVICH & COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 169-179. Como estes autores destacam, a apelação a juízos de igualdade tem sido tradicionalmente utilizada como estratégia na defesa judicial de direitos humanos, citando vários casos, entre os quais o paradigmático *Brown v. Board of Education*. Chamam a atenção, entretanto, que a análise da igualdade não pode se restringir a uma igualdade formal. Ressaltando a necessidade de avaliar a igualdade material no orçamento, vide CORTI. *Derecho financiero*, cit., p. 143-147.

<sup>71</sup> TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In AVELÃS NUNES, António José; MIRANDA COUTINHO Jacinto Nelson de (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 447-469, especialmente p. 466.

constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias”. Neste caso, o Judiciário pode rever a escolha administrativa e determinar a aplicação da verba autorizada no orçamento.

Por outro lado, o não fornecimento de uma prestação para a qual existe verba orçamentária alocada pode ser devido a problemas de natureza técnica. Questões de natureza técnica estão ligadas ao exame de adequação da decisão administrativa. Se não há um meio tecnicamente adequado para o fornecimento da prestação ou se a prestação requerida não é adequada atingir os fins pretendidos, a omissão administrativa – ou melhor, a não ação – é justificável.

A análise de questões de natureza técnica está inserida na discricionariedade administrativa, o que não impede, contudo, o controle judicial, que pode se valer de prova técnico-pericial para o deslinde do caso.<sup>72</sup> De todo modo, o controle judicial deve respeitar as margens de ação empíricas do administrador, e só afastar sua escolha técnica quando for evidente o equívoco de suas premissas. Serve de exemplo o caso do MS nº 8.895/DF<sup>73</sup>, impetrado no STJ em face do Ministro de Estado da Saúde, em que o impetrante, portador de anomalia degenerativa da retina (retinose pigmentar) requeria que o seu tratamento no exterior fosse custeado pelo Estado. O pedido foi indeferido porque não havia certeza do equívoco das premissas administrativas. Ao contrário, segundo parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, a doença em questão era de origem hereditária e não havia comprovação científica quanto à eficácia dos tratamentos clínicos ou cirúrgicos requeridos pelo impetrante.

Também a falta de arrecadação dos ingressos previstos nas leis orçamentárias pode acarretar problemas para a implementação de prestações estatais. A insuficiência de recursos financeiros para o atendimento certamente limita a ação governamental,<sup>74</sup> mas não inviabiliza o controle judicial. A insuficiência de “caixa” é uma questão de fato, que antes de mais nada deve estar demonstrada para pelos meios próprios. Uma vez comprovada a falta de recursos, o problema migra para as prioridades de alocação, sobre

---

<sup>72</sup> DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>73</sup> STJ. Mandado de Segurança nº 8.895/DF. Primeira Seção. Por Maioria. Relator: Min. Eliana Calmon. Sessão de 22/10/2003. Inteiro teor disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04/09/2004.

<sup>74</sup> TORRES. *Tratado de direito constitucional e tributário. Volume V...*, cit., p. 61.

as quais o controle judicial não pode ser intenso já que se trata de matéria inserida na discricionariedade administrativa.<sup>75</sup>

De qualquer forma, em pelo menos duas hipóteses é cabível o controle judicial sobre a prioridade na execução das verbas orçamentárias, quando constatada falta de “caixa”.

A primeira, quanto às prestações ligadas ao mínimo existencial, já que a prioridade destas decorre da própria Constituição. Problemas podem surgir se os recursos financeiros arrecadados não forem suficientes a atender a todas as prestações estatais ligadas ao mínimo existencial constantes do orçamento. Nesta hipótese, não caberá ao Judiciário se substituir ao Executivo na alocação de recursos, já que este, *a priori*, é quem deve tomar decisões dessa natureza.

A outra hipótese decorre da existência de prévias decisões sobre prioridades orçamentárias, notadamente as firmadas no PPA e na LDO. Vejamos, por exemplo, o art. 13 da Lei nº 10.933/2004,<sup>76</sup> que dispôs sobre o PPA 2004/2007:

Art. 13. As metas e prioridades da Administração Pública Federal para o exercício de 2004, correspondem aos projetos de grande vulto que, em 31 de dezembro de 2003, apresentaram execução orçamentária superior a 50% (cinquenta por cento) do seu valor total estimado e às atividades e operações especiais dos programas sociais constantes da lei orçamentária de 2004. (grifamos)

Enunciados deste tipo, mesmo com vigência temporária, veiculam verdadeiras normas jurídicas que conduzem o comportamento da Administração. Não se trata da simples autorização de uma despesa, mas da forma como o Executivo deve avaliar as prioridades na elaboração e, conseqüentemente, na execução do orçamento. Mesmo quem não aceita essa tese deve reconhecer que as prioridades fixadas no PPA e na LDO se tornam vinculantes para a Administração, por força do está previsto no art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade fiscal, que, como é próprio das regras jurídicas, só pode ser superada quando presente fato relevante e excepcional.

### **8.3. Políticas públicas aprovadas em lei, mas não incluídas no orçamento.**

<sup>75</sup> Vide ZIPPELIUS. *Teoria geral do estado*, cit., p. 394-395.

<sup>76</sup> BRASIL. Lei nº 10.933, de 11/08/2004, DOU de 12/08/2004.

Questão distinta das acima analisadas ocorre quando não existe “verba”, ou seja, não há dotação orçamentária para a realização da prestação estatal. Aqui, uma intervenção judicial sobre as escolhas orçamentárias já se torna mais intrusiva, pois se confronta não somente com a discricionariedade administrativa, mas também com a legalidade financeira. Por decorrência, o ônus argumentativo para a implementação da prestação estatal é maior, pois necessita superar, além dos princípios ou regras materiais em contradição, o princípio formal da competência do legislador.

A atividade financeira do Estado se desenvolve no âmbito da legalidade, tanto no plano dos ingressos quanto no das despesas. Determinar o início de programas de programas ou projetos que não estejam incluídos no orçamento anual contraria *prima facie* a Constituição (CF, art. 167). Dessa forma, a intervenção judicial para a implementação do programa ou projeto passará necessariamente pela revisão da lei orçamentária.

As escolhas orçamentária se desenvolvem em vários níveis, e, por isso, a revisão do orçamento pode ser efetuada tanto através do controle de legalidade quanto do controle de constitucionalidade, merecendo destaque certas peculiaridades desse procedimento.

Leis que envolvem a alocação de recursos trazem em si escolhas orçamentárias que não podem ser ignoradas na elaboração do orçamento. Mesmo Laband, ao defender a natureza formal do orçamento, reconhecia que este era vinculado pelas leis preexistentes e pelo ordenamento jurídico.<sup>77</sup> Assim, por exemplo, leis que conferem o direito ao fornecimento de medicamentos para pacientes portadores de determinada doença, como a AIDS; que determinam a criação de programa de habitação para pessoas desabrigadas, dentre outros possíveis casos, devem ter suas respectivas despesas previstas no orçamento.

Se o orçamento, contudo, não inclui as verbas necessárias ao desenvolvimento de programas previstos em lei, o Judiciário pode rever a lei orçamentária e determinar a inclusão, sem que para isso seja necessário invocar desnecessariamente a Constituição.<sup>78</sup> Isto, como vimos, foi aplicado caso do RESP 493.811/SP, em que se concedeu tutela

<sup>77</sup> Conforme BORJA, María de La Luz Mijangos. La naturaleza jurídica del presupuesto. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, n° 82, p. 205-228, 1995.

<sup>78</sup> Note-se que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal reconhece a existência de obrigações legais e constitucionais do ente federativo autor do orçamento, em seu art. 9º, § 2º.

específica para incluir “verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas”.<sup>79</sup>

É relevante, neste tópico, salientar que a lei que institui um programa estatal pode ter sua implementação legada à discricionariedade administrativa, bastando lembrar, como vimos, o caso da renda básica da cidadania, instituída pela Lei nº 10.835/2004. Em casos como este, o controle exercido pelo Judiciário deverá ser mínimo, sendo passível de censura apenas a total inércia do Executivo.

De qualquer modo, a intervenção judicial deve ser realizada através do orçamento, permitindo-se que o Executivo faça a realocação dos recursos. O Judiciário deve determinar a implantação do programa no orçamento, deixando a própria Administração decidir sobre a utilização da reserva de contingência de que trata o art. 5º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal,<sup>80</sup> ou se aplica o contingenciamento sobre outras alocações, na forma do art. 9º da mesma lei. Desta forma, não haverá aumento de despesa global, o que minimiza o impacto sobre o princípio da legalidade orçamentária, e, por outro lado, preserva a margem de ação do Executivo e afasta o problema da inadequação do Judiciário para a realocação dos recursos orçamentários.

A questão se torna ainda mais complexa quando a prestação estatal cuja implementação é requerida ao Judiciário não está contemplada na legislação ordinária. Neste caso, só há de se falar em intervenção judicial sobre as escolhas orçamentárias se a prestação estatal decorrer diretamente da própria Constituição. Trata-se, sem dúvidas, da hipótese mais contundente de intervenção judicial, que só deve ser admitida em caso de intensa violação de direitos fundamentais caracterizada pela omissão no fornecimento de prestações ligadas ao mínimo existencial. Fora dessa órbita, o Judiciário estaria intervindo no campo reservado à deliberação dos órgãos políticos, vulnerando o princípio democrático e o da separação dos poderes.

O problema se agrava quando a prestação estatal não tem os critérios de extensão do benefício e de seleção dos beneficiários, remetendo esta tarefa ao legislador, como é o

---

<sup>79</sup> STJ. RESP 493.811/SP. 2ª Turma. Por maioria. Rel. Min. Eliana Calmon. Decisão em 11/11/2003. DJ 15.03.2004, p. 236. Inteiro teor disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 01/03/2005.

<sup>80</sup> Assim dispõe o mencionado artigo: Art. 5º. O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: [...] III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao: a) (vetado); b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos. (grifamos)

benefício assistencial do art. 203, V, da Constituição. Na falta de lei reguladora, o caminho indicado pela Constituição é o mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI), que estará sob a competência do STF (CF, art. 102, I, “q”), quando se tratar de lei federal.

Se a Constituição já traz os parâmetros para a concessão da prestação, ou pelo menos não remete sua fixação especificamente ao legislador, o Judiciário poderá estabelecer os contornos do benefício a ser prestado pelo Estado, determinando sua implementação na via orçamentária. Ordinariamente, a inclusão deve ser relativa ao orçamento do exercício seguinte, a não ser em casos excepcionais, nos quais esteja comprovada a urgência e a viabilidade da implementação ainda no próprio exercício.<sup>81</sup>

Quando se tratar de benefício complexo, que envolva a análise de questões técnicas ou a adoção de um processo continuado, como aconteceu no caso *Grootboom*, o Judiciário deve permitir, pelo menos preliminarmente, que a própria Administração especifique a implementação da prestação estatal, determinando a alocação razoável de recursos no orçamento. Isto certamente minimiza o impacto sobre o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático, resguardando as margens de cognição da Administração. Nada impede que o órgão judicial acompanhe diretamente a execução da medida, mas parece interessante a idéia adotada em *Grootboom*, de designar um órgão independente para essa tarefa.

Resta, ainda, a hipótese do controle indireto de constitucionalidade sobre o orçamento, que ocorre quando o Judiciário revisa a lei que fixou os parâmetros para o benefício, os quais serviram de base para as alocações de recursos no orçamento. Valem, aqui, as observações feitas quanto ao respeito às margens de ação do legislador, ressaltando-se que o Judiciário deve estar atento aos reflexos orçamentários da medida e implementá-la também através do orçamento.

#### **8.4. Algumas questões procedimentais sobre a revisão judicial através do orçamento.**

---

<sup>81</sup> Nessa linha, Ana Paula de Barcellos, embora defendendo que, sempre que possível deve ser atribuída “eficácia simétrica” às prestações ligadas ao mínimo existencial, reconhece que, em certos casos, como o da implementação de saneamento básico em uma comunidade, “o máximo que parece possível pretender é a inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte da verba destinada a tal fim ou, alternativamente, a juízo da autoridade administrativa competente, e respeitado o mesmo prazo, a delegação do serviço a particulares, observados os procedimentos constitucional e legal próprios”. BARCELLOS. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 286-288.

Não é objeto de nosso estudo adentrar no campo específico das ações e procedimentos judiciais, questão também importante e que merece investigação científica aprofundada, mas nos parece oportuno esclarecer algumas questões procedimentais ligadas à sistemática de revisão das escolhas orçamentárias acima proposta.

A primeira dessas questões diz respeito à possibilidade de bloqueio de recursos do Tesouro público. Ricardo Torres Lobo relata um exemplo concreto: o Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude no Rio de Janeiro, em ação civil pública movida pelo Ministério Público, determinou o bloqueio de recursos do Tesouro Municipal porque o Prefeito não havia realizado o empenho de verbas alocadas no orçamento para a construção de creches. A medida se amparava no justo receio de que esses recursos acabassem sendo utilizados em outros programas municipais, como a construção de um museu, mas acabou sendo suspensa por decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>82</sup>

Por certo, o bloqueio ou seqüestro de valores dos cofres públicos em casos como esse não encontra amparo nas normas constitucionais orçamentárias. O único caso de seqüestro de recursos públicos autorizado pela Constituição está no art. 100, § 2º, da CF, e diz respeito exclusivamente à hipótese de preterimento de direito de preferência no pagamento de precatórios. Esta posição ficou consolidada na ADI nº 1.662/SP, em que o STF, declarando parcialmente a inconstitucionalidade de Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho, afirmou que a Constituição somente autoriza o “seqüestro de verbas públicas” no caso de “preterição do direito de precedência do credor”. Na ADI nº 1.662 também ficou firmado que não se equiparam à hipótese do art. 100, § 2º, da CF, “a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal”.<sup>83</sup>

Não sem motivo existe essa limitação constitucional, pois o orçamento é peça base de gestão governamental, e o bloqueio de recursos públicos traria graves problemas à condução do Estado. A vedação do bloqueio de recursos públicos se estende a qualquer outra forma de intervenção judicial sobre o orçamento, pois a exceção prevista na parte

---

<sup>82</sup> TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível, cit., p. 466. O processo, segundo Torres, é o de nº 2003.710.004869-8.

<sup>83</sup> STF. ADI 1662 / SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Mauricio Corrêa. Por maioria. D.J. 19/09/2003. Inteiro teor disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20/11/2004.

final do § 2º, do art. 100, da CF, deve ser interpretada restritivamente, nos termos da decisão na ADI N° 1.662.<sup>84</sup>

Outro ponto diz respeito à intervenção na administração de órgãos públicos. Ao longo deste estudo utilizamos indistintamente os termos controle, revisão e até mesmo intervenção judicial para designar o ato ou processo mediante o qual o Judiciário emite uma decisão que substitui as escolhas orçamentárias do Executivo ou do Legislativo. Neste tópico, precisamos distinguir que intervenção, no sentido até então utilizado, não equivale à intervenção de que trata o art. 34 da Constituição, como uma “limitação da autonomia de um Estado-membro”, que, devido à sua gravidade e excepcionalidade, “exige a presença de elementos materiais inequívocos e a observância de requisitos formais para que possa ser legitimamente decretada”.<sup>85</sup>

Vejamos, por exemplo, o caso trazido na Reclamação n° 3378. De acordo com a notícia trazida pelo STF, uma Juíza Federal decretou intervenção na Central de Medicamentos do Amazonas (Cema), sob o argumento de que o governo estadual não cumpriu decisão judicial que o obrigava a realizar exames e fornecer, em tutela antecipada, medicamentos à população (processo n°. 2003.32.000000011). O descumprimento da ordem judicial, conforme se divulgou, já durava mais de dois anos. O Ministro Nelson Jobim, na qualidade de Presidente do STF, deferiu liminar na Reclamação afirmando que a utilização do instituto da intervenção tem "caráter excepcional", citando dispositivos da Constituição Federal e da Lei 8.038/1990 que prevêm a observância de requisitos para a decretação da medida; entre eles, a necessidade de que o pedido seja feito por presidentes de tribunais ou requerido pelas instâncias superiores.<sup>86</sup>

A Constituição não proíbe que qualquer órgão judicial, no âmbito de sua competência, determine a inclusão de verba no orçamento. Ao contrário, isto é até explícito quanto aos precatórios judiciais. Mas daí não se justifica uma verdadeira

---

<sup>84</sup> Nesse sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao deferir a medida cautelar na Reclamação n° 2.126/SP: “a previsão constitucional de seqüestro deve ser interpretada restritivamente, nos termos do precedente firmado na ADI 1.662.” STF. RCL (Medida Cautelar) n° 2.126/SP. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão em 12/08/2002. Transcrição no *Informativo STF* n° 288. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14/12/2004

<sup>85</sup> BARROSO. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249.

<sup>86</sup> STF. RCL (Medida Cautelar) n° 3378/AM. Decisão monocrática. Rel. Min. Presidente. Conforme divulgado em *Notícias* do sítio do STF na internet. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10/05/2005.

intervenção – nos moldes do art. 34 da Constituição – para que se retire o Administrador público do controle de um determinado órgão. A intervenção sobre um órgão de um ente federado deve observar o procedimento constitucional próprio e, mesmo assim, só deve ser decretada quando demonstrada a intenção de descumprimento da ordem judicial.<sup>87</sup>

Mas poderíamos nos questionar se a intervenção seria possível, no exemplo acima, se órgão inadimplente com a decisão judicial pertencesse à União. Nessa hipótese, a intervenção não corresponderia propriamente àquela do art. 34 da Constituição, mas, na prática, equivaleria à nomeação de um interventor pelo Judiciário, afastando-se das funções o funcionário nomeado pelo Chefe do Executivo. Entendemos que também não é possível uma intervenção dessa natureza, pois invadiria o núcleo essencial do princípio da divisão dos poderes. O Judiciário pode nomear uma entidade independente para fiscalizar a condução da política pública determinada judicialmente, ou até mesmo uma auditoria, mas não tomar para si a administração do órgão administrativo.

## **8. Conclusão**

A atuação judicial na implementação de direitos prestacionais requer a definição de parâmetros que a compatibilizem com o princípio democrático, o princípio da divisão dos poderes e os princípios constitucionais orçamentários, como procuramos delimitar neste trabalho. Para tanto, critérios de natureza formal se apresentam relevantes, devendo o Judiciário respeitar as margens de ação do legislador e do administrador.

A revisão das escolhas orçamentárias através do próprio orçamento é uma estratégia que traz diversas vantagens na implementação judicial de direitos prestacionais e se propõe como interessante solução para questões de macrojustiça, nas quais o Judiciário apresenta uma série de limitações. Através dela, o Judiciário tem a possibilidade de avaliar as questões de fato ligadas à reserva do possível, bem como extrair soluções que minimizam o impacto sobre os princípios materiais contrapostos e os princípios formais da divisão dos poderes e do legislador democrático.

---

<sup>87</sup> Conforme o precedente da Intervenção Federal nº 2.915-5/SP. STF. IF 2.915-5/SP. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel p/ ac. Min. Gilmar Mendes. P/ maioria. DJ 28/11/2003. Ementário nº 2.134-1. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 20/05/2004.

A estratégia de justiciabilidade de prestações estatais através da revisão orçamentária apresentou sucesso na prática constitucional observada no direito comparado e já tem sido utilizada pelos tribunais no Brasil. A partir dela, procuramos especificar os parâmetros para a revisão judicial das escolhas orçamentária, distinguindo as hipóteses em que o controle judicial pode ser mais intenso das hipóteses em que o Judiciário deve reconhecer o espaço de discricionariedade legislativa e executiva.

Assim, quando a elucidação das questões relativas à reserva do possível se mostra imprescindível, a análise orçamentária e a implementação das prestações através do orçamento se apresentam como importante ferramenta para a revisão judicial das políticas públicas.