

***A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MUNICIPAL E OS DESAFIOS
CONTEMPORÂNEOS***



PerSe Editora
www.perse.com.br

Rua Turiassú, 390. 17º andar.
Cj 176. Bairro das Perdizes.
São Paulo-SP. CEP 05005-000.

**FELIPE DALENOGARE ALVES
FABIANO DE OLIVEIRA BECKER
SILOMAR GARCIA SILVEIRA**
Organizadores

***A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MUNICIPAL E OS DESAFIOS
CONTEMPORÂNEOS***

1ª Edição

Autores/Colaboradores

*Alberto Barreto Goerch
Aneline dos Santos Ziemann
Carlos A. Michaello Marques
Cleize Carmelinda Kobls
Denise Bittencourt Friedrich
Felipe Dalenogare Alves
Fernando Roberto Schnorr Alves*

*Francieli Freitas Meotti
Guilherme Estima Giacobbo
Ianaíê Simonelli da Silva
Juliana Machado Fraga
Márcio Bonini Notari
Mônia Clarissa Hennig Leal
Monique Pereira*

São Paulo
PerSe Editora
2014

Título

A administração pública municipal e os desafios contemporâneos.

**Todos os direitos reservados aos organizadores. Proibida a
reprodução no todo ou em parte, salvo em citações com a indicação
da fonte.**

Printed in Brazil/Impresso no Brasil

ISBN 978-85-8196-624-3

Capa

Gian Felipe Duarte Reinoso

Diagramação

Felipe Dalenogare Alves

Os autores dos respectivos textos se responsabilizam pela autoria e originalidade dos mesmos.

Ficha Catalográfica:

A866a Alves, Felipe Dalenogare; Becker, Fabiano de Oliveira; Silveira, Silomar Garcia. (Orgs).
A Administração pública municipal e os desafios contemporâneos / Felipe Dalenogare Alves; Fabiano de Oliveira Becker; Silomar Garcia Silveira. São Paulo: Perse, 2014.
214 p. ; 14x21 cm
ISBN 978-85-8196-624-3

1. Direitos sociais, políticas públicas e orçamento. 2. Direito Urbanístico. 3. Políticas Públicas no Brasil. 4. Poder Local e Orçamento Participativo. 5. A Administração Pública e o princípio da publicidade. 6. A boa gestão pública e os mecanismos legais sobre o endividamento municipal. 7. Conhecendo as políticas públicas. 8. Corrupção. I. Título.

CDD: 340

Índice para catálogo sistemático:

Direitos sociais, políticas públicas e orçamento : Direito Urbanístico : Políticas Públicas no Brasil : Poder Local e Orçamento Participativo : A Administração Pública e o princípio da publicidade : A boa gestão pública e os mecanismos legais sobre o endividamento municipal : Conhecendo as políticas públicas : Corrupção. 340



CONSELHO EDITORIAL

Prof. Ms. Alberto Barreto Goerch – UFSM

Prof^a. Dr^a. Caroline Müller Bittencourt – UNISC

Prof^a. Ms. Cívana Silveira Ribeiro – URCAMP

Prof. Ms. Iásin Schäffer Stablhöfer – ULBRA

Prof. Ms. Iuri Bolesina – IMED

Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck – UNISC e UFPel

Prof. Ms. João Alexandre Netto Bittencourt – ULBRA

Prof. Dr. João Aparecido Bazolli – UFT

Prof^a. Ms. Liége Alendes de Souza – UNIFRA e AMF

Prof^a. Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Prof^a. Ms. Tássia Aparecida Gervasoni – FADISMA

APRESENTAÇÃO

A concretização desta obra resulta de um grande esforço, na busca de uma produção sólida, desenvolvida por estudiosos que se dedicaram a investigar os desafios contemporâneos que se apresentam na administração pública municipal, aproximando da academia os atores envolvidos no trato da coisa pública.

Precedido pelo livro “Os Novos Paradigmas na Administração Pública Municipal”, também por nós organizado em 2013, este trabalho compõe-se de pesquisas, em sua maioria, realizadas junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, todas previamente selecionadas e avaliadas pelo Conselho Editorial composto por Professores Mestres e Doutores atuantes em instituições de ensino superior de diferentes locais do país.

A obra, além de se destinar ao público geral, objetiva a difusão dos estudos acadêmicos propagados e incentivados pela União dos Vereadores do Rio Grande do Sul – UVERGS, onde os organizadores atuam à construção de uma administração pública ética e eficaz, seja por seu Presidente, seja pelos seus docentes colaboradores.

Contemporaneamente, atitudes e instituições forjadas ao longo dos séculos estão em crise, submetendo-se cotidianamente a teses em busca do progresso social. Estas tensões se apresentam nos mais diversos campos, seja social, econômico, moral, educacional, ambiental, etc.

A superação destes desafios impõe ao poder público, em especial ao poder local, em grande parte do território nacional, o único contato entre Estado e Sociedade, práticas fundamentais, estruturadas sob a aura Constitucional Contemporânea, vistas a seguir.

Não basta a adoção dos valores intrínsecos aos novos desafios: justiça, inclusão, democracia, solidariedade, diversidade e pluralidade. Ao poder municipal cabe dar concretude ao novo, como ocorre na consecução dos direitos fundamentais, conforme abordado ao longo da obra.

Os objetivos estabelecidos pela Constituição Cidadã terão que ser alcançados sob um contexto de escassez de recursos, sejam financeiros, materiais ou humanos. Se assim não for, transcender-se-á ao caos, atingindo a completa desordem institucional do Estado brasileiro e os governos perderão a legitimidade pela incapacidade de articular respostas às demandas da sociedade, vindo literalmente a falir.

Para adquirir novas capacidades necessárias à sua sobrevivência, é importante que o Estado saiba, ou comece a constatar, que se torna indispensável potencializar estes recursos. Esta potencialidade não está, entretanto, simplesmente dada, mas necessita ser realizada, libertada, desenvolvida. O núcleo vital da pessoa humana encontra-se, em grande parte, aprisionado, condicionado à formação tradicional, pela inflexibilidade que submete a papéis fixos, e pelas práticas gerenciais que cerceiam a criatividade.

É por este motivo que se buscou o caráter interdisciplinar ao livro, não se esgotando em aspectos jurídicos, mas tratando de aspectos administrativos, pois de nada valeria ao seu propósito, se fossem apresentados valores exclusivamente teóricos, sem lhes dar aplicação prática.

O ponto alto deste trabalho é o de ser uma reflexão conceitual e prática a respeito de caminhos possíveis para o desenvolvimento político essencial ao trato de temas atuais na Administração Pública, em especial a Municipal.

Por fim, não obstante as lacunas que possa apresentar, este é um fruto resultante de pesquisas que objetivaram subsidiar elementos de aplicação que certamente terá resultados no campo da gestão pública.

Os Organizadores

Sumário

| | |
|---|-----|
| DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO: um controle jurisdicional pela reserva do possível no sentido do que é razoável se exigir do Estado | 9 |
| <i>Mônia Clarissa Hennig Leal & Felipe Dalenogare Alves</i> | |
| DIREITO URBANÍSTICO: os desafios do novo paradigma jurídico-ambiental para o gestor público municipal..... | 35 |
| <i>Carlos Alexandre Michaello Marques</i> | |
| POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: uma breve reflexão teórica sobre as políticas públicas e a concretização dos direitos sociais no âmbito local | 61 |
| <i>Cleize Carmelinda Kohls & Juliana Machado Fraga</i> | |
| PODER LOCAL E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: ferramentas para o fortalecimento da democracia participativa e melhora na gestão de políticas públicas | 79 |
| <i>Francieli Freitas Meotti & Fernando Roberto Schnorr Alves</i> | |
| A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: uma análise jurisprudencial do controle social quanto à lei de acesso à informação | 109 |
| <i>Alberto Barreto Goerch</i> | |
| A BOA GESTÃO PÚBLICA E OS MECANISMOS LEGAIS SOBRE O ENDIVIDAMENTO MUNICIPAL: um paralelo entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei 73/2013 das Autarquias Locais Portuguesas | 137 |
| <i>Guilherme Estima Giacobbo & Márcio Bonini Notari</i> | |
| CONHECENDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS: aspectos conformadores e a relação entre a solidariedade e o Capital Social | 161 |
| <i>Aneline dos Santos Ziemann & Monique Pereira</i> | |
| UMA ANÁLISE DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO POLÍTICO E SOCIAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS..... | 187 |
| <i>Denise Bittencourt Friedrich & Ianaí Simonelli da Silva</i> | |

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO: um controle jurisdicional pela reserva do possível no sentido do que é razoável se exigir do Estado

*Mônia Clarissa Hennig Leal¹
Felipe Dalenogare Alves²*

Introdução

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática dos direitos sociais, políticas públicas e a relação entre o orçamento público e o controle jurisdicional, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, como um controle fundamentado na “reserva do possível” (tomada em seu sentido original de “razoabilidade”, ou seja, daquilo que é

¹ Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduando *lato sensu* (Especialização) em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof. Pós-Dr. Mônia Clarissa Hennig Leal.

possível se exigir do Estado em termos de prestação) pode auxiliar na minimização dos impactos orçamentários.

Os direitos fundamentais sociais, na ordem constitucional contemporânea, constituem-se como indispensáveis para a existência humana com dignidade. Por sua vez, exigem prestações positivas por parte do Estado (sejam elas fáticas ou normativas), estando intimamente relacionados à noção de Estado Social e Democrático de Direito, voltado a garantir o bem estar geral, à garantia das necessidades básicas e a minimização das desigualdades.

A principal forma de dar concretude a estes direitos é por intermédio das denominadas políticas públicas. Estas devem ser pensadas, debatidas e elaboradas na arena política, entre os Poderes Legislativo e Executivo, englobando momentos distintos, que vão desde a percepção e a definição dos problemas sociais, passando por sua inserção na agenda política, até chegar-se à formulação, implementação e avaliação da política.

É indiscutível que, sem orçamento público, não há concretização destas políticas públicas e, conseqüentemente, efetivação dos direitos sociais. Dito de outra forma, o Estado, para realizá-las, necessita de dinheiro. Em meio à escassez, o planejamento do Poder Público, com a correta alocação de recursos, principalmente às políticas públicas constitucionais vinculantes, demonstra-se ponto fundamental à própria concretização do Estado Democrático de Direito.

Diante da necessidade de efetivação destes direitos e da incapacidade dos Poderes políticos em acompanhar os anseios sociais, cada vez mais imediatos, o cidadão, agora dotado de instrumentos jurídicos eficazes (a exemplo das ações constitucionais), acompanhado de tutores cada vez mais bem aparelhados, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, passa a bater à porta do Poder Judiciário, como um grito de socorro, o que desencadeia (dentre outras causas)

uma maior atuação jurisdicional no controle das políticas públicas.

Como argumento de Estado, muitas vezes, se invoca a reserva do possível, em uma distorção “à brasileira”, associada às questões orçamentárias, em grande parte uma alegação vazia, desprovida de qualquer elemento probatório, com o simples propósito de fugir da obrigação constitucional e se abster de dar efetividade aos direitos sociais.

Ao passo em que se torna importante um estudo ligado ao processo orçamentário, uma vez que este não pode ser desconsiderado pelos três Poderes, se vislumbra na reserva do possível, tal como concebida na Alemanha, associada à proporcionalidade, no sentido daquilo que se demonstra razoável exigir do Estado e da própria sociedade, um fundamento de atuação do Poder Judiciário, o qual poderá contribuir à construção de uma “reserva do possível” construída pela racionalidade em substituição a ideia de disponibilidade de recursos.

Diante deste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, como a seguinte questão: é possível uma convivência harmoniosa entre políticas públicas e orçamento, a fim de que sejam concretizados os direitos sociais?

Para isso, se analisará a relação entre Políticas Públicas e orçamento, demonstrando-se a importância deste à efetivação dos direitos fundamentais sociais e como a reserva do possível, constituindo-se em fundamento de atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, poderá, da mesma forma, contribuir à efetivação destes direitos, se tomada em seu sentido de razoabilidade.

2 Direitos sociais e Políticas Públicas: o orçamento público como elemento concretizador

Os direitos fundamentais sociais, tidos como de segunda dimensão, relativos à igualdade, são cognominados de direitos positivos ou prestacionais, uma vez que exigem uma prestação positiva por parte do Estado para que se atinja sua consecução³. Eles nascem vinculados ao Estado Social, voltados a garantir o bem estar geral, para garantir as necessidades básicas e minimizar as desigualdades⁴.

Em outras palavras, é necessário que se tenha em mente que estes direitos de natureza prestacional pressupõem um direito de prestação em sentido *lato*, que se reveste em uma “pretensión de prestación estatal, implicando acciones de los poderes públicos para dar respuesta a dicha pretensión”⁵. Significa dizer que eles “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”⁶.

Mesmo que, atualmente, não se possa admitir entendimento diferente de que as normas referentes aos direitos sociais “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”⁷, decorrente da aplicação imediata conferida aos Direitos Fundamentais, é necessário que se reconheça que nem

³ Embora existam aqueles que não necessariamente sejam prestacionais, apenas pressuponham prestações normativas do Estado, como as normas trabalhistas (férias, 13º salário, etc.).

⁴ CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 11.

⁵ *Ibidem*. p. 18.

⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002. p. 19.

⁷ *Ibidem*. p. 20.

sempre este foi o entendimento da doutrina brasileira e, ainda hoje, existem controvérsias:

Embora aparentemente estejamos diante de uma obviedade, o fato de existirem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência dos direitos sociais!) torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da assim designada fundamentalidade quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais.⁸

Assim, eles não podem ser vistos como “meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos. Não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos”.⁹ Isso porque “os direitos sociais – entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real – exercem no novo paradigma, aqui proposto, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social”¹⁰.

Os direitos de segunda dimensão estão intrinsecamente relacionados ao Estado Social, qual seja, um Estado voltado ao bem estar da sociedade, para a qual deve garantir direitos como saúde, educação, saneamento, trabalho, habitação,

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 482-483.

⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: *Revista Quaestio Juris*. v. 1. n. 6-9. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. p. 3.

¹⁰ Idem.

lazer, previdência, segurança, dentre outros. É por meio deles que se conseguirá diminuir a pobreza, esta não apenas vista como a falta de dinheiro, mas como “uma condição de privação de capacidades indispensáveis para que uma pessoa possa ser livre e usufruir dos benefícios que a sociedade proporciona”¹¹.

Mesmo que se admita alguma diferença terminológica entre Estado Social e Estado de bem estar¹², há de se afirmar que se trata de um Estado voltado à realização e concretização dos direitos de igualdade, que tem, inclusive, outorgado uma nova dimensão à democracia, visando “garantizar la igualdad de oportunidades y una cierta redistribución de la renta”¹³, o que, indubitavelmente, ocasiona reflexos vultosos, principalmente no tocante a alocação dos recursos públicos.

Torna-se necessário destacar que, em nível de direitos fundamentais, com um capítulo próprio, é na Constituição Federal de 1988 que os direitos sociais surgem pela primeira vez¹⁴, ou seja, petrificados como valores eleitos pelo Constituinte como integrantes do topo da Ordem Constitucional, como garantias à própria vida humana com

¹¹ SCHMIDT, João Pedro. *Exclusão, inclusão e Capital Social: O capital social nas ações de inclusão*. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. t. 6. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2006. p. 1779.

¹² Sánchez destaca que os termos têm sido utilizados de forma indistinta, como sinônimos. Para o autor, o Estado Social é a fórmula pela qual legisladores constituintes têm materializado a vontade de intervenção social de órgãos públicos e que, em alguns países, possui a ter reconhecimento constitucional, outorgando ao Estado a intervenção em determinados âmbitos sociais e econômicos. Já o Estado de bem estar é utilizado para se referir a âmbitos de intervenção estatal mais reduzidos que no Estado Social. SÀNCHEZ, Jordi. *El Estado de Bienestar*. In: BADIA, Miquel Caminal. (Coord). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos, 2006. p.259.

¹³ SÀNCHEZ, Jordi. *El Estado de Bienestar*. In: BADIA, Miquel Caminal. (Coord). *Manual de Ciencia Política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 258.

¹⁴ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

dignidade, podendo ser elevado à própria “*conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático”¹⁵.

Como visto, cabe ao Estado efetivar, por meio de diferentes formas, os direitos sociais. Um dos instrumentos para que esta efetivação reside nas denominadas políticas públicas, que, embora não possuam um conceito pronto e acabado, podem ser vistas como uma “ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública”¹⁶.

O conceito de políticas públicas se torna algo complexo, principalmente nos países de língua originária latina, uma vez que, enquanto nos de origem anglo-saxônica se faz a distinção entre *politics* y *policies*, sendo que “usan la primera expresión para referirse a la política entendida como construcción del consenso y lucha por el poder, mientras la segunda se utiliza para denominar las actividades gubernamentales más concretas en campos específicos”¹⁷, nos de origem latina existe um só termo para se referir ao conjunto de todas estas atividades¹⁸.

Pode se afirmar que “elas são ‘o Estado em ação’, o resultado da política institucional e processual. As políticas se materializam em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam resolver problemas e demandas da sociedade”¹⁹,

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 70.

¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. v. 5. n. 9. Montevideo, 2006. p. 58.

¹⁷ FERNÁNDEZ, Antoni. *Las Políticas Públicas*. In: BADIA, Miquel Caminal. (Coord). *Manual de Ciencia Política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 499.

¹⁸ Idem.

¹⁹ SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Orgs). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. t. 8. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2008. p. 2311.

consubstanciando-se nas “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidade aos governados”²⁰.

Schmidt identifica cinco fases no processo de elaboração e execução das políticas públicas, quais sejam: a) a percepção e a definição dos problemas; b) a inserção na agenda política; c) a formulação; d) a implementação e e) a avaliação²¹, sendo possível classificar as três primeiras na etapa de implantação e as duas últimas na etapa de implementação da política pública²².

Na fase de percepção e definição dos problemas, se transforma uma situação de dificuldade em um problema político. Significa dizer que esta fase é o momento em que uma situação problema (entre inúmeras) se torna objeto de atenção da sociedade e do governo, estando apta a ser incluída na agenda política²³ (como exemplo, pode-se destacar a acessibilidade de cadeirantes nas vias públicas municipais, que ensejarão uma reposta política, por parte dos Poderes constituídos).

Percebendo-se e definindo-se o problema, este adentra à agenda política, que se constitui no elenco de

²⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

²¹ SCHMIDT, Op Cit. p. 2315.

²² Ao se tratar de políticas públicas, embora a maior parte da doutrina, terminologicamente, não faça distinção (entre implantação e implementação), vislumbra-se a existência de duas fases principais: a previsão ou formulação (implantação) e a execução (implementação), o que terá valor no momento do estudo do controle jurisdicional das políticas públicas, principalmente no tocante à discricionariedade. ALVES, Felipe Dalenogare; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *O controle jurisdicional de políticas públicas relativas à educação*. In: Anais do X Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013. p. 7-9.

²³ SCHMIDT, Op Cit. p. 2315-2316.

problemas e assuntos que merecem a atenção dos cidadãos e do governo. Não se trata de um documento formal/escrito, mas de um conjunto de questões importantes (de repercussão) debatidas pelos atores sociais, em constante construção²⁴.

A formulação é a fase em que se define a forma de solucionar o problema político, escolhendo-se as alternativas a serem adotadas (estabelecem-se diretrizes, objetivos e metas). Este momento, ocorrido na arena política envolve conflitos, acordos e negociações entre os diversos grupos sociais interessados e os agentes responsáveis pela tomada de decisão²⁵.

Já na fase de implementação, dá-se concretude à formulação, a qual ocorre por intermédio de ações/atividades que materializam as diretrizes, os programas e os projetos de governo e, geralmente, ficam sob responsabilidade da Administração. Importante destacar, entretanto, que esta fase não é exclusivamente prática, demandando, muitas vezes, novas decisões e a redefinição de pontos formulados inicialmente²⁶.

A última fase é a avaliação da política pública, que se constitui no momento de aferir a efetivação, os resultados obtidos, o custo e a aceitação. O Brasil ainda é criticado pela falta de avaliações criteriosas (as internas apresentam pouca credibilidade por suspeita de comprometimento político e as externas porque, geralmente, são contratadas pelos governantes na expectativa de receberem o aval de suas realizações). Em suma, deve-se buscar uma avaliação de efetividade, eficácia, eficiência e legitimidade²⁷, o que se demonstra tarefa difícil, principalmente pela descontinuidade

²⁴ Ibidem. p. 2316.

²⁵ Ibidem. p. 2317-2318.

²⁶ Ibidem. p. 2318.

²⁷ Ibidem. p. 2320-2321.

que caracteriza o governo em todos os níveis:

[...] o aparato governamental também é objeto de loteamento político-partidário e de grupos de interesse. Todas as estruturas, em todos os níveis de governo e a cada governo, a cada nova gestão, são novamente loteadas para os partidos e para os grupos de apoio. Desse modo, cada uma dessas fatias – que já é campo de uma dada corporação e de um grupo de interesses que extrapola a corporação setorial – passa por um novo loteamento político-partidário. Todos os setores, como Educação, Obras, Saúde etc., são campos de interesse de fornecedores, de produtores, de corporações e de grupos político-partidários.²⁸

Assim, após ser implementada e avaliada, a política pública passa pela decisão que irá “optar por la continuidad, la redefinición o el cese de una política o programa público”²⁹. Em grande parte, tal deliberação dependerá do orçamento público e de todo o processo orçamentário (com uma atenção especial à correta alocação dos recursos necessários) que se encontra intimamente relacionado ao (in) sucesso da política pública.

Se é possível afirmar que as “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³⁰, do mesmo modo há de se dizer que o Constituinte estabeleceu o que Leal denomina de “políticas públicas constitucionais vinculantes”, as quais não estariam dentro do juízo de conveniência e oportunidade do poder público em executá-las ou deixar de promovê-las, além de se torna-

²⁸ INOJOSA, Rose Marie. *Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade*. In: Cadernos Fundap. n. 22. São Paulo: FUNDAP, 2001. p. 104.

²⁹ FERNÁNDEZ, Op Cit. p. 516.

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

rem prioridades, especialmente na alocação orçamentária³¹.

Neste cenário, cresce de importância a questão do orçamento público, pois não há políticas públicas de efetivação dos direitos sociais sem a prévia dotação orçamentária. Isso porque a concepção contemporânea de orçamento público está “diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado Social que surge, por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social”³².

Qualquer política pública implica em uma despesa pública, que nada mais representa do que a “utilização de recursos do Estado no custeio das atividades por ele desenvolvidas, seja na manutenção de suas instalações e

³¹ O autor expõe que, dentre as Políticas Públicas Constitucionais Vinculantes, destaca-se o disposto nos seguintes dispositivos constitucionais: (art.5º, XXXIV – política pública que viabilize a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; art.5º, XLVIII, XLIX e L – políticas públicas prisionais, a fim de garantir que a restrição da liberdade se dê de maneira a dar guarida às prerrogativas de que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, assegurando-lhe o respeito à integridade física e moral, e que, às presidiárias, sejam asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; art.5º, LV – políticas públicas jurisdicionais, por exemplo, a fim de dar efetividade ao comando constitucional que determina aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; art.23 e incisos, quando determina as competências comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). Leal ainda aponta que tais exemplos poderiam se prolongar por outros temas constitucionais, passando pela ordem social e econômica dos arts.170, 194, 196 e 197, 201, e tantos outros, haja vista o alcance que possuem em face das demandas sociais e interesses da cidadania. LEAL, Rogério Gesta. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: Possibilidades Materiais*. In: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. v. 5. n. 9. Montevideo, 2006. p. 59.

³² MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n. 25. Salvador: IBDP, 2011. p. 2.

equipamentos, seja na prestação de serviços para a sociedade”³³. Ocorre que esta despesa só poderá ser realizada se houver prévia dotação e autorização legislativa por meio da lei orçamentária anual (art. 167, incisos I e II da Constituição Federal).

Assim, atendendo-se aos requisitos, procede-se à despesa e, importante ressaltar, “a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto”³⁴, dentro daquilo que deve ser a prioridade do governo, sem deixar de lado, obviamente, as políticas vinculantes.

Em outras palavras, significa dizer que a relação políticas públicas/orçamento é dialética, ou seja, ao passo que a lei orçamentária prevê e autoriza as despesas necessárias à implementação das políticas públicas, estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras, objetivando-se manter o equilíbrio orçamentário³⁵, achando-se, pois, vinculadas ao crédito orçamentário ou adicional.

É por estas razões que, procedimentalmente, o orçamento, no Estado Social, cresce de importância em mesmo nível que o planejamento, com a correta alocação orçamentária nas áreas prioritárias. Frente a isso, a Constituição de 1988 previu, respectivamente no Art. 165, incisos I, II e III, três instrumentos orçamentários³⁶, para que o Poder Público pudesse planejar e executar as despesas com responsabilida-

³³ ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel de; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique Feijó da. *Gestão de Finanças Públicas: Fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Finanças Públicas, 2008. p. 37.

³⁴ OLIVEIRA, Op Cit. p. 243.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 110.

³⁶ Assim ocorre na Constituição Alemã, que prevê, no Art. 109, 3, o plano plurianual e, no Art. 110, o plano orçamentário e a lei orçamentária.

de³⁷, dando-se destaque ao plano plurianual (PPA), à lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e à lei orçamentária anual (LOA).

Desta forma, o PPA deverá contemplar as diretrizes, objetivos e metas da administração pública às despesas de capital e outras delas decorrentes, além das relativas aos programas de duração continuada, a longo prazo (Art. 165, § 1º da Constituição). A LDO compreenderá, principalmente, as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital, para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da LOA (Art. 165, § 2º, da CF/88).

A lei orçamentária anual, por sua vez, compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, o orçamento de investimento das empresas em que o ente federativo, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (art. 165, § 5º, da CF/88).

O Constituinte, ao estabelecer as políticas públicas vinculantes, em algumas delas, a exemplo da educação e saúde (arts. 212 e 198, § 2º, da Constituição Federal, respectivamente), estabeleceu previsões orçamentárias em percentuais mínimos, causando uma transformação no modo de agir do Poder Público, pois “o que era uma atividade

³⁷ Torna-se oportuno destacar que, conforme prevê o Art. 85, inciso, VI da Constituição, constitui-se crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atentar contra a lei orçamentária. De igual monta, é vedado a qualquer ordenador de despesas, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade, a realização de qualquer compra sem a indicação prévia dos recursos orçamentários para seu pagamento (Art. 14, da Lei nº 8.666/93).

discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas, passa a ser vinculada”³⁸.

A partir desta previsão, somada a questões como a disponibilidade de remédios jurídicos (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, etc.) e aparelhamento de instituições como o Ministério Público e Defensoria Pública, passa a surgir com maior intensidade o controle judicial das políticas públicas, no sentido de dar efetividade aos direitos fundamentais. Em meio a uma alocação de recursos escassos, surgem, por sua vez, por parte do Estado, argumentos como uma reserva do possível “à brasileira”, fundada numa noção de “disponibilidade orçamentária”, destoando, assim, de sua versão original, mais associada à noção de “razoabilidade”, como se verá a seguir.

3 A reserva do possível (como razoabilidade) enquanto fundamento de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas: um contributo para a harmonia entre os Poderes

Caso o Poder Público não venha a implantar as políticas públicas necessárias, deixando de elaborá-las (ou elaborando de maneira inadequada), ou, ainda, se abstendo de cumpri-las (ou cumprindo de forma ineficaz), surge a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da tutela dos direitos sociais prestacionais.

O Judiciário, quando acionado, não pode se abster de decidir, fazendo valer o Direito, e, mais do que isto, dar concretude à própria Constituição. Cabe ao Estado (como um todo) a realização de ações positivas (relacionadas ao “dever de proteção” decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais) com a finalidade de efetivar os direitos sociais,

³⁸ OLIVEIRA, Op Cit. p. 315.

sendo passível, em caso de omissão ou ineficiência dos demais Poderes, de controle jurisdicional. Este controle acaba influenciando na própria noção das funções dos Poderes, pois “a ascensão do Poder Judiciário que, na qualidade de ‘último intérprete da Constituição’, acaba por atuar como ‘regente republicano das liberdades positivas’³⁹, torna-se inevitável.

É inegável que o controle judicial das políticas públicas traz reflexos, em especial ao Executivo, uma vez que todas as ações prestacionais acarretam despesas que devem, como estudado, possuir previsão orçamentária e disponibilidade financeira. Por outro lado, não raramente, se observa que o Poder Público não cumpre os objetivos mínimos (principalmente as políticas públicas constitucionais vinculantes), a exemplo da saúde e da educação, priorizando outras frentes, como gastos em publicidade governamental, dentre outras, ou, simplesmente, investe os percentuais mínimos (obrigatórios) sem concretizá-los.

Diante disso, há de se perguntar: a obrigação do Estado é de “fim” (proteção suficiente e adequada) ou de “meio” (observância do critério objetivo de destinação de recursos)? É neste ponto, que a razoabilidade/proporcionalidade desempenha um papel estratégico, no sentido de funcionar como parâmetro para que as ações estatais sejam “razoáveis” em face dos fins postos (razoabilidade entre meios e fins).

Esta intervenção do Judiciário geralmente ocorre diante da má gestão das políticas públicas pelo Executivo, que, encoberta pelo manto da escassez de recursos, seleciona uma política em detrimento de tantas outras prioritárias ou, ainda, na forma como elas são implementadas. De outra

³⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BITENCOURT, Caroline Muller. *A função e a legitimidade do Poder Judiciário no constitucionalismo democrático: um ativismo necessário?*. In: REIS, Jorge Renato dos; COSTA, Marli Marlene Moraes da. (Orgs). *As Políticas Públicas no Constitucionalismo Contemporâneo*. t. 2. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2010. p. 310.

sorte, há de se dizer que esta atuação deve ocorrer de forma responsável, considerando-se os aspectos orçamentários, sob pena de se terem decisões judiciais dotadas de ineficácia, eis que chegará à mão de um administrador que não lhe dará cumprimento, simplesmente, por, de forma comprovada, “não ter de onde tirar”.

É possível verificar que a atuação jurisdicional tem ocorrido em ambas as etapas da política pública (implantação e implementação). Na primeira, ela atua como um “indutor de políticas públicas”⁴⁰, determinando a alocação orçamentária para determinadas políticas (reserva de recursos à construção de uma escola, por exemplo). Na segunda, atua como um corregedor da Administração, concretizando *in casu* o direito (determinando a concessão de medicamentos, vagas em escolas, dentre outras).

Embora se entenda que na primeira etapa da política pública a intervenção seria menos danosa à relação entre os Poderes, esta é a que causa maiores controvérsias, principalmente por se entender que é um momento de decisão estritamente política, atendendo a critérios de conveniência e oportunidade – discricionariedade (embora se faça necessário registrar o posicionamento oscilante do Superior Tribunal de Justiça, que ora entende ser possível e ora se manifesta pela impossibilidade de controle jurisdicional)⁴¹.

Para tanto, independente da etapa de intervenção, faz-se necessária a observância de alguns limites à atuação

⁴⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *O Judiciário como indutor de políticas públicas: cumprimento do dever constitucional ou ativismo judicial? – uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal federal*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (et al). *As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo*. t. 4. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2012. p. 838.

⁴¹ A exemplo, os Recursos Especiais que, respectivamente, reconhecem e desconhecem a possibilidade de controle jurisdicional: REsp nº 493811/SP e REsp nº 208893/PR.

jurisdicional, pois, “ao formular políticas públicas que atendem a suas prioridades pessoais, através da ‘interpretação adequada da Constituição’, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas consequências no processo”⁴², o que acaba servindo como argumento contra a própria causa.

A exemplo disso, para fins de ilustração, é possível visualizar críticas a essas decisões judiciais, como na reportagem do jornal O Estado de São Paulo intitulada “Justiça obriga Estados a fornecerem xampu, esmalte, Viagra”⁴³, a qual aponta que o Judiciário tem dado sentenças favoráveis a pedidos de itens nada essenciais ou que sequer são remédios, como xampu anticaspas, protetor solar francês e até esmalte para as unhas.

É por estes motivos que não se pode desconsiderar a lógica da “reserva do possível” (não em sua versão associada à disponibilidade de recursos, “fruto de um direito constitucional comparado equivocadamente”⁴⁴, mas sim aquela vinculada à concepção original formulada pelo Tribunal Constitucional Alemão), no sentido de se avaliar o que é possível, dentro de critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, exigir-se do Estado em termos de prestação⁴⁵.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, onde foi utilizada pelo *Bundesverfassungsgericht* para solucionar a restrição do número de vagas – *numerus clausus* – em algumas

⁴² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 71.

⁴³ Jornal O Estado de São Paulo. 15 mar 06. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/vidae/2006/not20060315p69319.htm>>. Acesso em: 23 nov 13.

⁴⁴ KRELL, Op Cit. p. 51.

⁴⁵ A propósito, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas na ordem constitucional contemporânea: a reserva do possível e o mínimo existencial como fundamentos para a atuação do Judiciário*. In: ALVES, Felipe Dalenogare; BECKER, Fabiano de Oliveira; SILVEIRA, Silomar Garcia. *Novos Paradigmas na Administração Pública Municipal Contemporânea*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 13-34.

Universidades daquele país (BVerfGE 33, 303).⁴⁶ Nessa decisão, analisou-se o art. 12, § 1º, da Lei Fundamental, o qual prevê que todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o local de sua formação, frente aos princípios de igualdade e do Estado Social⁴⁷.

Buscando solucionar questões como os critérios de admissão ao ensino superior e a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de um curso de graduação ou mais de uma universidade, aquela Corte decidiu que algumas prestações estatais sujeitam-se àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade dentro dos limites da razoabilidade, ficando adstritas à reserva do possível.⁴⁸ Assim, assentou-se que o Estado deve prover os meios à concretização do direito à educação superior, mas dentro dos limites do razoável.

A demanda fora proposta por estudantes que não haviam sido admitidos para o ensino superior, os quais pleiteavam o aumento do número de vagas, suficientes para alocar todos os candidatos, sob a alegação de que o Estado teria que proporcioná-las no local de formação livremente escolhido (Universidades de Munique e Hamburgo, no caso) e para a profissão eleita (Medicina)⁴⁹.

Häberle, por sua vez, antes mesmo da decisão, já havia estabelecido os primeiros passos no sentido do que viria a se constituir a reserva do possível. Para ele, a pressão normativa à efetivação dos direitos fundamentais subsistiria, não se podendo, todavia, exigir do Estado o impossível. Segundo o autor, o direito de acesso à universidade é um “direito na medida de”, ou seja, condicionado à reserva do Estado pres-

⁴⁶ O julgado pode ser consultado em língua alemã no site: <<http://www.servat.uni-be.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em: 1º mai 13.

⁴⁷ Havia sido instituída uma política de limitação do número de vagas em cursos superiores. KELBERT. *Op Cit.* p. 69-70.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ MÂNICA, Op Cit. p. 11.

tacional, dentro das suas possibilidades de efetivação⁵⁰ (seria possível criar vagas para todos os candidatos aos cursos de medicina?).

A questão que se coloca vai além, pois se compreende que o critério determinante oscila entre a “possibilidade” e a “razoabilidade” de se criarem mais vagas. Assim, vislumbra-se que a decisão do Tribunal Constitucional Alemão adotou o sentido do “razoável”, à razão de que, mesmo sendo possível, seria razoável determinar ao Estado a criação de vagas para todos os candidatos aos cursos de medicina?

Ao se realizar o transplante da reserva do possível para o sistema brasileiro, contudo, acabou-se criando uma verdadeira “teoria da reserva do possível à brasileira”⁵¹. Ao se fazer a transposição de conceitos oriundos de diferentes sistemas jurídicos, esta “não pode, porém, ser míope e desvirtuar características e limites próprios da teoria”⁵², pois “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero”⁵³.

É por isso que os “direitos a prestações positivas (*Teilhaberecht*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”⁵⁴, do contrário, haverá decisões esvaziando os cofres públicos para cumprir prestações de objetos como esmalte e Viagra (é proporcional se exigir estes objetos do Estado?). Este é o argumento estatal que se coaduna ao Estado Democrático de Direito e deve servir como parâmetro

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*. In: VVDStRL n. 30. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 114.

⁵¹ LEAL; BOLESINA, Op Cit. p. 13.

⁵² Idem.

⁵³ KRELL, Op Cit. p. 54.

⁵⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002. p. 52.

para o controle jurisdicional de políticas públicas, pois, como reflexo, fará com que os recursos sejam empregados naquilo que há de prioritário.

O que se observa atualmente, todavia, é a invocação, uníssona e genérica, da reserva do possível em casos que vão de uma simples extração dentária até casos mais complexos, como tratamentos de saúde experimentais, o que faz com que ela acabe sendo vista como “uma alegação vazia de defesa processual, invocada por um Estado que busca, por meio de discursos ligados a escolhas e limites econômicos e financeiros, fugir de suas obrigações constitucionais”⁵⁵.

De outro lado, também é possível perceber que não há um consenso sobre a natureza jurídica da reserva do possível. Seria “um princípio, ou seja, teria natureza normativa? Ou seria uma condição de realidade, um elemento lógico extrajurídico, mas que exerce sua influência na aplicação das normas jurídicas?”⁵⁶. No Brasil, por exemplo, ela é chamada de princípio⁵⁷, doutrina⁵⁸, teoria⁵⁹ e cláusula⁶⁰. O que há de se ter em mente, contudo, é que, independentemente de sua natureza, ela não pode ser invocada para fraudar, frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na Constituição⁶¹.

⁵⁵ LEAL; BOLESINA. Op Cit. p. 15.

⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. (Dissertação). Curitiba: UFPR, 2006. p. 209.

⁵⁷ BRASIL. STF. *ADI 3768-4/DF*. Rel: Min. Carmem Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em 19 set 07. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 1º mai 13.

⁵⁸ ROCHA, Manoel Ison Cordeiro. *A doutrina da reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais sociais*. In: Revista *Ciência et Praxis*, v. 4. n. 7. Passos: FESP, 2011.

⁵⁹ LEAL; BOLESINA. Op Cit. p. 14.

⁶⁰ BRASIL. STF. *ARE 639.337 AgR/SP*. Rel: Min. Celso de Melo. 2ª Turma. Julgamento em 23 ago 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 1º mai 13.

⁶¹ Idem.

Por fim, se é óbvio que o Judiciário tem que atuar, a fim de concretizar os direitos fundamentais, também é indispensável que as questões orçamentárias sejam levadas em consideração na apreciação judicial. Decisões que simplesmente desconsideram o processo orçamentário tornam-se inconsequentes e vazias⁶².

Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que não há como desassociar as políticas públicas do orçamento público, pois este é quem dá o substrato para sua realização. O processo orçamentário deve ser levado em consideração pelo Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que aprimorar o planejamento das ações estatais, com a alocação correta de recursos nas áreas principais, se torna imperioso.

Ao estabelecer as políticas públicas constitucionais vinculantes, o Constituinte estabeleceu prioridades à atuação dos Poderes políticos, razão pela qual, antes de qualquer outra frente (publicidade governamental, por exemplo) há de se realizar a efetivação destas; caso contrário, estará legitimado o Poder Judiciário a realizar a concretização do direito, exercendo o controle das políticas públicas.

Dentre os argumentos estatais, como fundamento de atuação jurisdicional, a reserva do possível, associada à noção de proporcionalidade, ou seja, no sentido daquilo que se torna razoável exigir do Estado em termos de prestação e, em consequência, da própria sociedade, torna-se um ponto de grande importância para que os recursos sejam empregados naquilo que é fundamental.

Qualquer alegação de reserva do possível associada exclusivamente às questões orçamentárias, principalmente

⁶² Ibidem.

quando desprovidas de elementos probatórios, torna-se vazia, devendo ser desconsiderada.

Por último, é necessário afirmar que, se é verdade que a implantação e implementação das políticas públicas cabe aos Poderes políticos, não menos verdadeira é a afirmação de que o Judiciário não pode se abster de efetivar o direito.

Assim, uma atuação jurisdicional que leve em consideração o processo orçamentário e a reserva do possível em sua lógica de razoabilidade tem muito a colaborar não apenas na concretização dos direitos, mas também para o próprio fortalecimento do Estado Democrático de Direito, não sacrificando a sociedade com a destinação de recursos àquilo que não se demonstra razoável dela se exigir, além de se tornar menos drástica, uma vez que acompanhará a realidade social à qual deve se coadunar.

Referências

ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel de; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique Feijó da. *Gestão de Finanças Públicas: Fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Finanças Públicas, 2008.

ALVES, Felipe Dalenogare; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *O controle jurisdicional de políticas públicas relativas à educação*. In: Anais do X Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2006.

- BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: Revista Quaestio Iuris. v. 1. n. 6-9. Rio de Janeiro: UERJ, 2012.
- BRASIL. STF. *ADI 3768-4/DF*. Rel: Min. Carmem Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em 19 set 07. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 1º mai 13.
- _____. *ARE 639.337 AgR/SP*. Rel: Min. Celso de Melo. 2ª Turma. Julgamento em 23 ago 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 1º mai 13.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010.
- FERNÁNDEZ, Antoni. *Las Políticas Públicas*. In: BADIA, Miquel Caminal. (Coord). Manual de Ciencia Política. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- INOJOSA, Rose Marie. *Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersetorialidade*. In: Cadernos Fundap. n. 22. São Paulo: FUNDAP, 2001.
- JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. 15 mar 06. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/vidae/2006/not20060315p69319.htm>>. Acesso em: 23 nov 13.

- KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BITENCOURT, Caroline Muller. *A função e a legitimidade do Poder Judiciário no constitucionalismo democrático: um ativismo necessário?*. In: REIS, Jorge Renato dos; COSTA, Marli Marlene Moraes da. (Orgs). *As Políticas Públicas no Constitucionalismo Contemporâneo*. t. 2. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2010.
- _____; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *O Judiciário como indutor de políticas públicas: cumprimento do dever constitucional ou ativismo judicial? – uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal federal*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (et al). *As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo*. t. 4. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2012.
- _____; BOLESINA, Iuri. *Três "porquês" a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas?* In: Revista do Direito. n. 38. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012.
- _____; ALVES, Felipe Dalenogare. *Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas na ordem constitucional contemporânea: a reserva do possível e o mínimo existencial como fundamentos para a atuação do Judiciário*. In: ALVES, Felipe Dalenogare; BECKER, Fabiano de Oliveira; SILVEIRA, Silomar Garcia. *Novos Paradigmas na Administração*

- Pública Municipal Contemporânea. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. v. 5. n. 9. Montevideu, 2006.
- MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n. 25. Salvador: IBDP, 2011.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLSEN, Ana Carolina. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. (Dissertação). Curitiba: UFPR, 2006.
- ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. *A doutrina da reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais sociais*. In: Revista Ciência et Praxis, v. 4. n. 7. Passos: FESP, 2011.
- SÂNCHEZ, Jordi. *El Estado de Bienestar*. In: BADIA, Miquel Caminal. (Coord). Manual de Ciencia Política. Madrid: Tecnos, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- _____. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SCHMIDT, João Pedro. *Exclusão, inclusão e Capital Social: O capital social nas ações de inclusão*. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. Direitos Sociais e Políticas Públicas. t. 6. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2006.
- _____. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Orgs). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. t. 8. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.