

Artigo: A Justiciabilidade das Políticas Públicas e a Teoria da Reserva do Possível

Um dos temas mais intrincados na seara do Direito Constitucional é a possibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se em atividade típica do Poder Executivo com o escopo de fazer valer os princípios axiológicos insertos na Constituição Federal, máxime aqueles condizentes com os direitos fundamentais sociais, quais sejam, de segunda e terceira geração.

Trata-se de situação excepcional mas que merece atenção, vez que não são poucas as situações em que o Executivo, sob o manto da discricionariedade administrativa e do princípio da separação de poderes, recusa-se a cumprir vários mandamentos constitucionais afetos aos direitos sociais, tais como os direito à saúde e da criança e do adolescente.

Com efeito, o administrador público possui liberdade para a escolha das prioridades de seu governo, vez que as políticas públicas constituem em medidas programáticas relativas à gestão governamental responsável dentro de certas espécies normativas que podemos chamar de leis orçamentárias. Essas leis (PPA, LDO e LO) incluem o que o governo pretende arrecadar e gastar, sempre respeitando vários critérios de ordem técnica e legal, voltada para uma política fiscal de austeridade e responsabilidade, evitando, deste modo, o desperdício de recursos públicos.

Não obstante, embora sob o manto da liberdade de escolha das políticas públicas necessárias para a boa gestão governamental, não pode o administrador público inobservar o mínimo existencial, notadamente aquelas garantias fundamentais umbilicalmente relacionadas com a dignidade da pessoa humana, sob pena de malferir os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, conspurcando, deste modo, a higidez do Estado Democrático de Direito.

É que existem algumas garantias fundamentais sociais que, caso sonegadas pelo administrador, podem ser requeridas diretamente ao Poder Judiciário, através dos instrumentos jurídicos correspondentes e que, de forma razoável e proporcional, obrigará o Estado ou em certos casos até o substituirá, com o escopo de fazer valer a Norma Ápice.

Destarte, pode-se falar que é possível no direito constitucional moderno a justiciabilidade das políticas públicas permitindo, por medida de exceção, que o Judiciário obrigue o Poder Público a cumprir direitos mínimos substanciais reveladores da própria dignidade da pessoa humana, como é o caso dos direitos básicos à saúde e os atinentes à criança e adolescente.

Outro tema bastante utilizado pelo Poder Público com o objetivo de abster-se do cumprimento de certas garantias fundamentais da pessoa humana é o da reserva do possível. Tal teoria teve origem na Alemanha em plena década de 60 quando alguns estudantes de Berlim e Hamburgo, com fulcro na Constituição que permitia a ampla liberdade de ofício e almejando matricularem-se no curso de medicina, peticionaram junto ao Tribunal Alemão com o intuito de obrigar o Estado a disponibilizar tantas vagas quantas fossem necessárias para a matrícula no

referido curso, já que eram poucas as vagas disponíveis. Na ocasião, o Tribunal Germânico rejeitou o pedido com fundamento da teoria da reserva do possível que viria a ser *aquilo que se pode esperar, de maneira razoável, da sociedade*.

Importando a teoria para o direito brasileiro, alguns administrativistas passaram a utilizar a referida teoria no campo do direito econômico-financeiro para desobrigar o Estado do cumprimento de algumas garantias fundamentais, ainda que sociais, sob a alegação de que a falta recursos financeiros e a inexistência de prévia indicação em lei orçamentária, acabaria por desobrigar o Estado do pronto atendimento de certos deveres fundamentais.

Em verdade, houve um desvirtuamento do conceito originário da teoria em alusão criando-se outra, *in casu*, a teoria da reserva do financeiramente possível, aplicando-se de forma absoluta e sem qualquer exceção.

Na esteira de suavizar os rigores da mencionada teoria, a doutrina e jurisprudência brasileira passaram a utilizar o critério da razoabilidade e proporcionalidade como preceitos aptos a afastarem os efeitos nefastos da aplicação irrestrita da teoria da reserva do possível para, no caso concreto, admitir a intromissão do Judiciário, inclusive, com o sequestro de valores e ativos, para o cumprimento de garantias e preceitos de natureza fundamental, evitando-se, deste modo, a subversão dos axiomas exarados no texto constitucional.

Destarte, não se deve aceitar de forma absoluta a aplicação da referida teoria, posto que meros critérios de ordem econômico-financeiro, ainda que com respaldo constitucional, não podem preponderar sobre valores e aspectos garantidores da própria existência humana, como a preservação da vida e da dignidade, sendo o caso, pois, de permitir ao Judiciário obrigar o Poder Público a inserir no orçamento recursos financeiros aptos a garantir o cumprimento de garantias fundamentais.

Deste modo, tanto em relação às políticas públicas como na aplicação da ponderação de valores, é possível ao Judiciário imiscuir-se na atividade administrativa, sempre por exceção, para obrigar o Estado a cumprir certas garantias fundamentais sociais reveladoras da dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Tiago Oliveira Pereira da Silva é Defensor Público da 2ª Vara da Comarca de Tainguá-CE.