

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E CONTROLE DA OBESIDADE INFANTIL NO BRASIL

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES FOR THE PREVENTION AND CONTROL OF CHILDHOOD OBESITY IN BRAZIL

Fabrcio Veiga Costa¹

Ivan Dias da Motta²

Samuel Meireles³

RESUMO

O objetivo da pesquisa é investigar o fenômeno jurídico da judicialização de políticas públicas de prevenção e controle da obesidade infantil no Brasil. A escolha do tema decorre de sua relevância jurídica, prática e atualidade, especialmente em razão do crescimento geométrico do número de crianças e adolescentes obesos, evidenciando a indispensabilidade da referida política pública. A judicialização de políticas públicas de prevenção da obesidade infantil precisa compatibilizar princípios democráticos, discricionariedade administrativa e legitimação constitucional orçamentária. Quais os limites e possibilidades para intervenção judicial em tarefas primariamente atribuídas aos poderes Executivo e Legislativo no âmbito das políticas públicas de combate à obesidade infantil? Qual a capacidade e competência do Judiciário para determinar alterações em escolhas orçamentárias? Quanto à metodologia, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, mediante estudos realizados em artigos científicos, livros e demais fontes documentais. Pelo método dedutivo, partiu-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, a judicialização de políticas públicas, delimitando-se na perspectiva da prevenção e controle da obesidade infantil. Pelas análises críticas, comparativas, interpretativas e sistemáticas concluiu-se que o Judiciário possui competência constitucional subsidiária para rever atribuição específica de outro poder da União, por força do artigo 5º, XXXV CF/88, em defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes obesos, utilizando-se do mínimo existencial e a reserva do possível como critério regente para a efetividade dessa política pública específica.

PALAVRAS-CHAVE:

Políticas Públicas; Obesidade Infantil; Ativismo Jurídico; Separação dos Poderes.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-doutorando em Psicologia – PUC Minas. Pós-doutorado em Educação – UFMG. Doutorado e Mestrado em Direito Processual pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

² Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá, integrando a linha de pesquisa "A Tutela Constitucional e Privada dos Direitos da Personalidade nas Relações Privadas". Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1996). Pós-doutorado em Direito Educacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Atuação profissional na área da advocacia e consultoria em Direito Educacional.

³ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG, BRASIL.

ABSTRACT

The objective of the research is to investigate the legal phenomenon of the judicialization of public policies for the prevention and control of childhood obesity in Brazil. The choice of the theme stems from its legal, practical and current relevance, especially due to the geometric growth in the number of obese children and adolescents, evidencing the indispensability of the referred public policy. The judicialization of public policies for the prevention of childhood obesity needs to reconcile democratic principles, administrative discretion and budgetary constitutional legitimacy. What are the limits and possibilities for judicial intervention in tasks primarily assigned to the Executive and Legislative powers within the scope of public policies to combat childhood obesity? What is the Judiciary's capacity and competence to determine changes in budgetary choices? As for the methodology, bibliographic and documentary research was used, through studies carried out in scientific articles, books and other documentary sources. By the deductive method, we started from a macroanalytical conception, that is, the judicialization of public policies, delimiting itself in the perspective of the prevention and control of childhood obesity. Through the critical, comparative, interpretative and systematic analyzes, it was concluded that the Judiciary has subsidiary constitutional competence to review specific attribution of another power of the Union, pursuant to Article 5, XXXV CF / 88, in defense of the fundamental rights of obese children and adolescents, using the existential minimum and reserving the possible as a governing criterion for the effectiveness of this specific public policy.

KEYWORDS:

Public Policies; Childhood Obesity; Legal Activism; Separation of Powers.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo geral da presente pesquisa é investigar o fenômeno jurídico-constitucional da judicialização de políticas públicas voltadas para a prevenção da obesidade infantil no Brasil, recortando-se a abordagem proposta na discussão da legitimidade de o poder Judiciário controlar, fiscalizar e implementar a referida política pública sem, contudo, esbarrar e/ou violar o princípio da separação dos poderes (funções estatais). A escolha do tema proposto se justifica em razão de sua relevância prática, teórica e atualidade, especialmente por se referir a estudos concernentes aos direitos fundamentais das crianças, a responsabilidade jurídica da família, sociedade e do Estado no que atine à prevenção da obesidade infantil, visando oferecer condições dignas para o seu desenvolvimento saudável.

Visando sistematizar o debate do tema proposto, inicialmente foram discutidos os direitos fundamentais das crianças e a importância das políticas públicas no Estado Democrático de Direito, vistas como meio hábil a garantir a efetividade daqueles direitos civis previamente previstos no plano constituinte e instituinte. Visando delimitar a abordagem proposta, realizou-se um estudo específico da judicialização de políticas públicas de prevenção e controle da obesidade infantil, correlacionando o debate em questão com o princípio da separação dos poderes (funções estatais), o ativismo judicial, questões orçamentárias, mínimo existencial e princípio da reserva do possível.

A epidemia mundial de obesidade infantil é preocupação da comunidade internacional há décadas. Nos últimos 40 anos o número de crianças obesas multiplicou-se por dez, sendo estimado que o número de crianças e adolescentes afetados pela obesidade vai dobrar na próxima década (OMS, 2017). A complexidade na ocorrência de obesidade infantil exige interação transdisciplinar, envolvendo biomedicina, nutrição, educação, meio ambiente, cultura, hábitos alimentares, atividade física, comércio e marketing, dentre outras do conhecimento científico. A condição de vulnerabilidade apresentada pela criança exige atenção especial por parte da família, da sociedade e do Estado.

Questiona-se na presente pesquisa sobre a capacidade e competência do poder Judiciário para rever decisões tomadas pelos demais poderes da União, seja Executivo ou Legislativo, no âmbito das políticas públicas de combate à obesidade infantil, sem que se configure invasão de competência ou usurpação de poder. Parte-se da necessidade de evitar um governo de juízes, combater o ativismo jurídico em sentido pejorativo, bem como manter o equilíbrio com a discricionariedade administrativa, legitimação democrática e o princípio da separação dos poderes, conforme os limites estabelecidos pela moldura constitucional. Nosso objeto de estudo são os limites e possibilidades de atuação do poder Judiciário, para defesa de crianças e adolescentes contra a obesidade, em tarefa primariamente atribuída aos poderes Legislativo ou Executivo.

A delimitação da pesquisa ora desenvolvida se dá a partir dos seguintes questionamentos teóricos: a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas de combate à obesidade infantil conflita com a discricionariedade administrativa, o princípio democrático ou a separação dos poderes (funções estatais)? A revisão judicial de uma escolha administrativa caracteriza usurpação de poder? O Judiciário possui competência para rever uma decisão orçamentária?

Busca-se responder essas e outras questões, objetivando contribuir para construção de boas práticas na área de judicialização das políticas públicas voltadas ao controle da obesidade infantil.

Iniciam-se nossas considerações com observação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes enquanto grupo vulnerável. Em sequência, foram abordadas as políticas públicas enquanto ferramentas para atuação estatal e atendimento das demandas sociais. Discorrer-se-á sobre a judicialização das políticas públicas para intervenção em fatores envolvidos na obesidade infantil, tecendo-se considerações sobre a separação dos poderes da União e o ativismo jurídico, bem como a possibilidade de manejo judicial no orçamento público. Por fim, serão construídas observações sobre as ferramentas jurídicas denominadas de mínimo existencial e reserva do possível, correlacionando-se o debate apresentado com o eixo central da problemática científica.

Quanto ao marco teórico utilizado, ressalta-se o entendimento de Vanice Valle (2016, p. 154-155), para quem “[...] os esforços para a construção de um caminho de solução para um exercício adequado do controle judicial de políticas públicas estão ainda em fase muito incipiente”. Assim, “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 [...]” (MAURICIO JUNIOR, 2009, p. 278).

Com relação à metodologia, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, mediante a consulta de autores que discutem a temática no âmbito de livros e artigos científicos, assim como foram realizadas consultas de leis e normas constitucionais para o entendimento sistemático do tema apresentado. A utilização do método dedutivo foi essencial para a delimitação específica do objeto pesquisado, partindo-se de uma concepção macro analítica, qual seja, o estudo das políticas públicas no Estado Democrático de Direito, especificando no estudo da judicialização das políticas públicas de prevenção e controle da obesidade infantil no Brasil. Utilizou-se, ainda, das análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, como meio de problematizar criticamente o objeto pesquisado.

2. DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS

A Declaração Universal dos Direitos da Criança - DUDC, promulgada pela ONU em 1959, em seu preâmbulo, declara que a criança, devido ao seu estado de desenvolvimento incompleto, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal, antes e depois do seu nascimento, reconhecendo que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços para seu desenvolvimento pleno. Embora desprovida de efeitos vinculantes imediatos, a DUDC irradia seus efeitos através do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, ambos de 1966 e ratificados pelo Brasil em 1992 (ONU, 1959). Segundo Mazzuoli (2017, p. 303):

[...] a Declaração de 1959 detém um notável conteúdo ético, moral e humanista, pois reforça que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos em todas as esferas jurídicas, e que, pela sua condição de imaturidade física e mental, necessitam de cuidados especiais e proteção jurídica.

Nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, promulgada em 1950, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992, também tratam dos direitos da criança e aumentam o alcance da DUDC. Em 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – CIDC, amplia os efeitos da DUDC, e em seu art. 1º, estabelece que para seus efeitos, será considerada como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo disposição legal em contrário. A CIDC foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90 (ONU).

Os acordos internacionais prezam pela primazia do interesse e opinião da criança, bem como pela preservação dos valores da dignidade e do desenvolvimento pleno da pessoa, passando por saúde, alimentação adequada, educação, liberdade, bem-estar, convívio comunitário e familiar, dentre outros direitos correlatos. A normativa internacional obriga os Estados membros, bem como as famílias e a sociedade, a atuarem para a proteção integral da criança contra qualquer tipo de abuso, maus tratos ou exploração. Além da legislação internacional própria, as crianças compõem um segundo grupo de direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, constituindo dupla camada de proteção, conforme salientado por Mazzuoli

(2017). O autor ensina que apesar de as crianças não possuírem desenvolvimento pleno, as mesmas possuem direitos plenos.

Segundo a OMS (2017), a ocorrência de obesidade infantil afeta tanto os países desenvolvidos como aqueles em desenvolvimento e decorre de múltiplos fatores, tais como, sedentarismo, mudança de hábitos alimentares, educação, acesso à mídia e às redes de *fast food*, etc. Embora a agência internacional apresente políticas públicas voltadas ao combate à obesidade em geral, a própria OMS reconhece que intervenções voltadas à crianças e adolescentes não foram devidamente priorizadas. Segundo relatório emitido pela ONU (2017), vivencia-se uma epidemia mundial de obesidade infantil, sendo estimado que o número mundial de crianças obesas saltará de 42 milhões para 70 milhões até 2027. A indústria de alimentos, com estratégias de marketing e publicidade também são citados como envolvidos nessa epidemia (D'AQUINO, 2016) (FAO, 2018) (HENRIQUES et al, 2012).

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988, além dos direitos fundamentais reconhecidos em capítulo próprio, trata em seu art. 227 dos direitos das crianças, jovens e adolescentes, ampliando as camadas de proteção e instigando o Estado a agir, em conjunto com as famílias e a sociedade, através de políticas públicas pertinentes, tais como o Programa Nacional de Alimentação Escolar, o Programa Saúde na Escola ou o Programa de Saúde da Família. Assim, pode-se entender que a epidemia mundial de obesidade infantil decorre de violações aos direitos fundamentais dos vulneráveis no âmbito da saúde, educação e alimentação adequada, prejudicando seu desenvolvimento pleno e sua dignidade.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

A implementação de políticas públicas no Estado Democrático de Direito constitui um meio hábil de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais expressamente previstos no plano constitucional. O entendimento das políticas públicas enquanto ferramentas de atuação estatal e garantia dos direitos fundamentais desenvolveu-se nos Estados Unidos, quando em 1927 foi inaugurado o Comitê de Políticas Públicas. Até então, discutia-se sobre políticas públicas no âmbito das ciências sociais, ciências políticas e administração. Segundo Saad

(2015), políticas públicas podem ser identificadas como dinâmica, didática, metodologia, processo ou organização da atuação do Estado. É de responsabilidade da União, dos estados federativos, dos municípios, instituições públicas e atores governamentais em todos os níveis de organização do Estado. É multinível, inter-normativo, de natureza multi-temporal e caráter *continuum*, propagando-se no tempo (VALLE, 2016, p. 45).

As políticas públicas possuem características como multidisciplinaridade, racionalidade, utilidade e capacidade de desenvolver-se com o progresso do conhecimento, o que fez delas uma ciência autônoma e independente, tornando-se o principal mecanismo para dotar o Estado de ferramentas para atender seus deveres constitucionais e os direitos fundamentais. Nas palavras de Saad (2015, ps. 843-845)⁴:

Políticas públicas, a rigor, não são normas, mas estruturas normativas unificadas por uma materialidade orgânica que reflete objetivos, previamente definidos, a serem, com elas, atingidos. Uma política pública pode ser constituída por qualquer das modalidades de atuação estatal.

Para Vanice Valle (2016, p. 33), política pública é a ciência que desenvolve o “instrumento de decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”. Neste sentido, é a ciência que estuda a função e ação do Estado no desenvolvimento da sociedade, como meio de assegurar o exercício de direitos fundamentais. Pode ser entendida como metodologia ou processo de formulação das escolhas públicas, pois são vistas como dinâmicas ou didáticas de ação e organização do poder estatal. Na verdade, política pública é o instrumento capaz de moldar e direcionar a ação do poder, funcionando como desenho ou projeto da ação estatal e proteção subjetiva dos direitos fundamentais.

Nesse contexto propositivo, verifica-se que as políticas públicas são reconhecidas como instrumentos capazes de subsidiar o processo de decisão, aperfeiçoando e direcionando a ação do poder estatal. Engloba estratégia, projeto, execução e avaliação de resultados, e podem apontar diagnósticos e indicarem soluções para os problemas públicos. Representa a resposta governamental à realidade social, visto que é a ferramenta de programação e coordenação da ação governamental, seja por meios públicos ou privados, para atingir objetivos socialmente relevantes. Assim, são entendidas como a soma ou a união do processo à inteligência, já que a

⁴ O número “ps.” indica a posição do parágrafo no e-book e não corresponde à página no livro impresso.

retrospectiva aprimora a prospectiva. É através de políticas públicas que são estabelecidos os objetivos e métodos que unem ciência e prática na orientação do agir estatal. Seu desenvolvimento deve permitir a observação do que deve ser feito dentro do que pode ser feito, juntamente com visão de futuro. Deve-se permitir a distinção do que foi prometido fazer, daquilo que foi realmente realizado, além de distinguir a política partidária e o jogo político das políticas públicas em sentido estrito. Para Vanice Valle (2016), o discurso jurídico deve contaminar o discurso político, pois as diretrizes das políticas públicas são construídas fora do sistema político.

Na realidade, as políticas públicas constituem mecanismos à disposição do Estado para concretização dos direitos fundamentais e podem ser interpretadas como medidas isoladas ou um conjunto de medidas com a finalidade de dar efetividade a esses direitos. Seu desenvolvimento é uma atribuição estatal para atendimento aos deveres fundamentais assumidos na Constituição (SILVA, 2012). Compete ao Estado, como atribuições primárias dos poderes Executivo e Legislativo, a obrigação de planejar e desenvolver as políticas públicas necessárias à satisfação progressiva dos direitos fundamentais (COSTA, 2013). Vanice Valle (2016) vê as políticas públicas como metodologia para atuação estratégica, com a perspectiva de continuidade e projeção futura, como dinâmica prospectiva de implementação progressiva. Exige-se inteligência criativa, sustentabilidade e abertura para o experimentalismo e empreendedorismo, pois envolve a capacidade de receber demandas, identificar problemas, estabelecer prioridades e aprimorar estatísticas. Engloba diagnóstico e solução de problemas, com estratégia para formulação, implementação e avaliação dos resultados e, por isso, devem ser dotadas de planejamento e coordenação dos meios à disposição do Estado, e da atividade privada, para atender aos objetivos delineados pela Constituição.

Maria P. D. Bucci (2013) destaca o governo como motor do aparelho estatal, salientando que progressivamente a política deixa de ser política e passa a se comportar como direito, organizando as instituições públicas na direção da ordem jurídica. Neste sentido, o aparelho estatal é condicionado ao alcance dos objetivos delineados pela Constituição e os direitos fundamentais. A autora salienta a estrutura do poder sob a ótica do Estado e sua diferença sob a ótica da sociedade, afirmando que Estado, governo e administração pública não são sinônimos, sendo suas distinções de difícil segregação e sistematização. O interesse coletivo tem ação de força motriz do aparelho estatal, sendo a universalização dos resultados almejados

como determinante estrutural do planejamento das políticas públicas. Segundo Vanice Valle (2016), é de vital importância destacar a distinção entre tutela judicial de direitos individuais e o controle judicial de políticas públicas. Conhecer os limites e diferenças entre micro e macro justiça permitirá ao Judiciário a atuação pontual e precisa, dentro da moldura constitucional e seu papel institucional, enquanto mecanismo de controle estatal.

Dentre as políticas públicas existentes no Brasil relacionadas ao objeto da pesquisa, destaca-se o Programa Saúde na Escola, instituído pelo Decreto Presidencial nº 6.286/2007 e a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, instituída pela Portaria do Ministério da Saúde nº 710/99. Em nosso sistema regional de proteção dos direitos humanos ainda há o Plano de Ação para Prevenção da Obesidade em Crianças e Adolescentes, elaborado pela Organização Pan-americana de Saúde para o quinquênio 2014/2019 e renovado por mais um quinquênio, 2019/2024.

4. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PREVENÇÃO E CONTROLE DA OBESIDADE INFANTIL

O estudo específico da judicialização de políticas públicas de prevenção e controle da obesidade infantil constitui o objeto central dessa pesquisa. Nessa perspectiva teórica, para Vanice Valle (2016), é preciso superar o entendimento de eficiência como custo-benefício, podendo-se utilizar, para tanto, o princípio *pro omni*. O essencial é observar a eficiência como direito fundamental à boa administração pública, que deve se pautar observando a Constituição e os direitos fundamentais, como filosofia pública de organização social. Assim, o princípio da eficiência preconiza à administração pública uma “ação rápida, precisa e apta a produzir resultados que satisfaçam às necessidades da população” (VALLE, 2016, p. 83). A eficiência, introduzida pela E.C. 19/98, inaugura o direito fundamental à boa administração pública, sendo este direito dotado de características, tais como: planejamento estratégico, coordenação, integração, finalidade, proporcionalidade, respeito, moralidade, participação social, responsabilidade, transparência, solidariedade, justiça, adequação e dignidade, além dos princípios constitucionais da administração pública. A administração pública deve operar

dentro do que foi previamente normatizado e regida pelos princípios e regras de proteção dos direitos fundamentais (CLÈVE, LORENZETTO, 2015).

A constituição regulamenta a forma do Estado prestar os serviços públicos, a forma de arrecadar recursos, bem como a forma de gastar os recursos públicos. Todos os órgãos do poder estatal possuem compromisso com a concretização dos direitos fundamentais, incluindo a linha de condução política, que deve estar subordinada a proteção desses direitos (SILVA, 2012). Por força do art. 5º, XXXV/CF, o Judiciário não pode recusar-se a fornecer sua jurisdição sempre que houver ameaça ou lesão à direitos. Vanice Valle salienta que “[...] na moldura constitucional não há espaço para a atuação voluntarista, isolada, injustificada, desconectada com o projeto geral de atuação do poder” (2016, p. 96). Aliado à moldura constitucional, atua o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com o compromisso assumido pelo Brasil em atender progressivamente até o limite máximo de seus recursos os direitos fundamentais, conforme estabelecido pelo art. 2º, I, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, PIDESC, ratificado pelo Decreto Presidencial nº 591/92 e o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Decreto Presidencial nº 678/92.

Segundo Mauricio Junior (2009), a existência de um compromisso constitucional na atuação do poder estatal, em agir através de políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais, gera o que ficou conhecido por direitos prestacionais. Esses direitos são entendidos como objeto de uma obrigação do Estado, podendo ser um ato positivo ou negativo que seja proveitoso ao credor desse direito. Assim, direitos prestacionais “[...] serão entendidos como todos aqueles direitos do indivíduo, em face do Estado, cujo objeto seja uma prestação positiva material, ou seja, que tenham por conteúdo um serviço ou bem a ser fornecido pelo Estado” (MAURICIO JUNIOR, 2009, p. 32). Na lição de Silva, (2012, p. 62):

Conclui-se, portanto, que, existindo direito subjetivo amparado, bem como a alegação de lesão a este direito, o Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado a prestar jurisdição e permitir a discussão democrática sobre a violação de direitos fundamentais decorrentes de prestação insuficiente ou omissa de políticas públicas pelo Estado.

A interseção entre as políticas públicas e os direitos fundamentais estabelecem vínculos jurídicos e direitos subjetivos aos cidadãos e à coletividade. Esses direitos subjetivos podem ser exigidos, em casos especiais, pela via judicial. Observa-se que a judicialização de políticas

públicas ocorre como resultado da interseção de no mínimo 3 variáveis: a efetividade dos direitos fundamentais; a finalidade ou função da administração pública; e o controle judicial obrigatório, legítimo e autônomo. No entendimento de Vanice Valle (2016), os controles de constitucionalidade, legalidade e convencionalidade não são suficientes para apresentar solução à atuação judicial no âmbito das políticas públicas. A judicialização das políticas públicas voltadas ao combate da obesidade infantil, decorre do mecanismo de controle judicial, obrigado à apreciação do caso concreto, sempre que houver lesão ou ameaça a direitos subjetivos, conforme art. 5º, XXXV/CF. O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição impõe como dever do Judiciário a garantia individual ou coletiva dos direitos fundamentais. O texto constitucional coloca um dever ao Judiciário, sendo o próprio texto constitucional que delega competência para o exercício de tal tarefa. Neste sentido, a legitimação democrática para o Judiciário rever as decisões governamentais é considerada, por Mauricio Junior (2009), como residual, indireta ou subsidiária, pois provém diretamente da Constituição e não do voto.

A legitimação democrática do Judiciário é outorgada pela Constituição Federal e não diretamente pelo voto, como normalmente ocorrem com a legitimação do Executivo e do Legislativo. Assim, é a própria Constituição que dota o Judiciário de poder e competência para fornecer jurisdição universal e obrigatória, podendo agir em caso de lesão aos direitos fundamentais envolvidos na epidemia de obesidade infantil. O controle judicial é sempre secundário e subsidiário, somente podendo ser acionado após a ineficácia do agente primário, seja, o Executivo ou o Legislativo, e esgotados os recursos para exigir sua atuação. A ineficiência do Estado no fornecimento das prestações exigidas pelos direitos fundamentais ou a falta de ferramenta para o cidadão exigir sua efetivação é que levam à judicialização, o que não pode ser visto como reinvidicação de competência ou usurpação de poder.

Mauricio Junior (2009) entende que, se a Constituição Federal delega um dever ao Judiciário, o mesmo possui competência para o desempenho de tal tarefa. Sob a ótica do autor, o Judiciário deve enfrentar seu *déficit* de legitimação democrática com fundamentação na excepcionalidade, subsidiariedade, autocontenção e estritamente como dever constitucional de tutela dos direitos fundamentais. Essa premissa supera os argumentos contrários à intervenção judicial na esfera de decisão política, na discricionariedade administrativa e legitimação democrática. Para Vanice Valle (2016), ocorrendo como exceção, a judicialização deve ser uma atividade autocontida, subsidiariamente e nunca substitivamente ao competente primário, seja

o Executivo ou o Legislativo, o que não exige o Judiciário de desenvolver sua aptidão e competência quanto a análise de políticas públicas de controle e prevenção da obesidade infantil.

A Constituição estabelece os poderes Executivo e Legislativo como competentes primários para delinear e executar as políticas públicas de prevenção da obesidade em crianças e adolescentes, conforme as ferramentas de gestão do orçamento público. Assim, as decisões governamentais estão sob influência de interesses em conflito e sob forte influência política dos políticos, como maiorias democráticas, interesses econômicos, corporativos e o interesse de minorias e vulneráveis. Silva (2012), leciona que a omissão dos órgãos estatais em adimplir com suas obrigações constitucionais, autoriza a tentativa de reparação através do Judiciário. Sob a ótica constitucional, exige-se a atuação estatal para concretização dos direitos fundamentais e não impede que a atuação estatal provenha de determinação judicial. Conforme preconiza Vanice Valle (2016, p. 152), “afinal, o signo constitucionalmente exigido dirige-se ao desenvolvimento da função administrativa, e não se tem por dispensado quando essa função se movimenta por conta de uma determinação judicial”.

Além da compreensão e aplicação do direito e das políticas públicas de combate à obesidade infantil, a decisão judicial precisa superar os argumentos contrários à intervenção, como a discricionariedade administrativa e legitimação orçamentária, além de enfrentar e observar o princípio separação dos poderes. Como já afirmado, por força do art. 5º, XXXV/CF, o Judiciário não pode se escusar de julgar o caso concreto, podendo funcionar como importante engrenagem na aplicação das políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais. Para estrito atendimento de sua responsabilidade social, na lição de Mauricio Junior (2009, p. 157), “não existe ilegitimidade *a priori* do Judiciário em exercer o controle sobre a atividade dos demais Poderes”. Na estrutura tradicional do sistema constitucional, o Judiciário não está autorizado a agir no âmbito da discricionariedade administrativa e não pode substituir a vontade do Executivo ou do Legislativo pela sua vontade. Para Vanice Valle (2016), a discricionariedade atribuída aos poderes Executivo e Legislativo não se aplica da mesma forma ao Judiciário, pois o mesmo se limita a consagração dos direitos fundamentais. Na lição de Mauricio Junior (2009, p. 161), “o que podemos afirmar é que decisões do Judiciário que revisam a discricionariedade administrativa, quanto mais estejam embasadas em decisões prévias dos demais Poderes, menos impacto terão sobre o princípio da divisão dos poderes”.

Ao revisar uma política pública para controle da obesidade infantil, o Judiciário não deve limitar a discricionariedade administrativa de modo a enrijecer a tomada de decisão ou o orçamento. Conforme exposto, as decisões judiciais devem ser excepcionais e subsidiárias, permitindo uma margem de escolha para o administrador na sua aplicação. Deste modo, o Judiciário não deve invadir atribuição primordial ou essencial do Executivo ou Legislativo. Conforme será abordado adiante, o núcleo essencial da separação dos poderes e o cerne da função administrativa inerente a cada poder estatal funciona no sentido de limitar a atuação judicial. Alegações de invasão de competência, ativismo jurídico e usurpação do poder são acompanhadas de preocupações quanto aos limites para intervenção do Judiciário nas decisões da administração pública e gestão orçamentária, sem que se faça um governo de juízes. O princípio da separação dos poderes (art. 2º/CF) é invocado na tentativa de impedir tal mazela, indicando que os poderes são independentes e harmônicos entre si. Porém, a eficácia dos direitos fundamentais violados pela epidemia de obesidade infantil, tocada pela dupla fundamentalidade e o mandado de otimização defendido por Alexy (2015), delegam ao Judiciário a capacidade de ultrapassar suas competências primárias na defesa de tais direitos, conforme a moldura e o mandamento constitucional estabelecido pelo art. 5º, XXXV/CF.

5. SEPARAÇÃO DOS PODERES

O estudo do princípio da separação dos poderes (separação das funções estatais) é de significativa e relevante importância no contexto da presente pesquisa, haja vista que se pretende demonstrar que a intervenção do poder Judiciário, no contexto da judicialização de políticas públicas, não constitui usurpação de competência, desde que observados alguns requisitos legais, dentre os quais se ressalta a necessidade de implementação e efetividade de direitos fundamentais quando houver omissão do Executivo e/ou Legislativo. Superar os limites rígidos do princípio da separação dos poderes, sem violar seu núcleo essencial, permite que o Judiciário intervenha nos mecanismos de atuação estatal, sem que essa intervenção se configure invasão de competência ou usurpação de poder, ou seja, dentro dos parâmetros propostos pela Constituição Federal vigente. O Judiciário está apto e é obrigado a agir, sempre que houver lesão ou ameaça de direitos, mesmo nos casos em que houver omissão, parcialidade ou

despreparo dos demais órgãos da estrutura governamental. “Cabe frisar que não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e deve ser corrigida” (SILVA, 2012, p. 62). Nesse contexto teórico apresentado, Mauricio Junior (2009), salienta que o juiz tem legitimidade e competência residual para rever uma escolha orçamentária sempre que houver lesão ou ameaça aos direitos fundamentais:

Em determinadas situações, o Judiciário não terá como exercer a competência para o controle de constitucionalidade sem avançar nas fronteiras da função legislativa, e isto não é vedado pelo princípio da divisão dos poderes, que exige o controle recíproco entre os poderes do Estado [...] (MAURICIO JUNIOR, 2009, p. 170).

Vanice Valle (2016), entende que a separação dos poderes não é objeção absoluta, permitindo o fenômeno de judicialização das tarefas primariamente atribuídas ao Executivo ou Legislativo, consagrando os deveres fundamentais oriundos da Constituição Federal. Segundo a autora, a Constituição exige a ação estatal e não impede que essa atuação provenha de determinação judicial, salientando que a intervenção judicial em políticas públicas que visem a prevenção da obesidade em crianças e adolescentes deve ser dotada dos elementos de subsidiariedade e excepcionalidade. O reconhecimento e a preservação do núcleo essencial da separação dos poderes visam preservar a sociedade do autoritarismo e concentração do poder para resguardar as liberdades individuais. No Estado Democrático de Direito é acrescentado a efetivação dos direitos fundamentais como agente dinâmico de transformação e realização da justiça, visto que a prevalência dos direitos humanos exige a atuação de um Judiciário capaz de subordinar os demais poderes à jurisdição constitucional e seus fundamentos, conforme defendido por Silva (2012). Ainda:

[...] a noção de Estado Democrático e Social de Direito estatuída pela Constituição Federal de 1988 é incompatível com uma visão de separação de poderes que inviabilize o amplo controle de constitucionalidade visando à efetivação dos direitos fundamentais (SILVA, 2012, p. 66).

Constatando-se que o limite constitucional estatuído pela separação e harmonia entre os poderes não é um limite absoluto, o Judiciário poderá intervir na decisão de outra esfera de poder, desde que equalizado com o sistema de proteção dos direitos fundamentais. Vencida a barreira do princípio da divisão dos poderes, legitimidade e discricionariedade, serão apresentadas considerações quanto ao fenômeno designado por ativismo jurídico, argumento utilizado na tentativa de impedir ou desqualificar a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas.

6. ATIVISMO VS. PRÓ-ATIVISMO

O pró-ativismo judicial deve ser compreendido como um desdobramento lógico da jurisdição constitucional, cuja finalidade precípua é tornar viável a efetividade dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte. Nesse sentido, confere-se ao poder Judiciário legitimidade jurídico-democrática no sentido de proferir provimentos jurisdicionais, pautados na racionalidade crítica, de modo a tornar concreto os direitos civis e fundamentais para seus respectivos destinatários. Trata-se da intervenção pontual do Judiciário, quando se verificam condutas comissivas ou omissivas, praticadas pelos poderes Executivo e/ou Legislativo, no sentido de obstaculizar ou inviabilizar o exercício e o gozo de tais direitos.

A literatura menciona múltiplas definições para o ativismo judicial. O termo ora é utilizado para designar a necessária interferência judicial no âmbito da política governamental ou partidária, ora é adotado como categorização de invasão de competência e usurpação de poder (LIMA, 2014). No entendimento de Coelho (2015), parte da literatura tem designado por ativismo judicial, no sentido pejorativo, quando o juiz pauta suas decisões por convicções pessoais e não no direito, mesmo que se justifique em lei ou na Constituição. Para o desenvolvimento deste trabalho, demonstrar-se-á que a expressão ativismo judicial denota a subjetividade do julgador, suas percepções valorativas diante do caso concreto e, por isso, é visto como mau comportamento e exercício impróprio/inadequado/ilegítimo da jurisdição. Em contrapartida, designar-se-á como pró-ativismo ou protagonismo, a atitude positiva e necessária do Judiciário na construção e efetivação do direito e da justiça social, já que essa expressão designa uma atuação racional do poder Judiciário no sentido de garantir a efetividade e a concretude do exercício igual dos direitos fundamentais pelos seus reais titulares (cidadãos).

A intrínseca relação existente entre o ativismo e o protagonismo judicial evidencia-se na invasão de competência e usurpação de poder, daquele comportamento no qual o juiz ultrapassa a lei para realização da justiça. Essa linha tênue deve ser traçada em cada decisão. Segundo Coelho (2015), o mau comportamento identificado por ativismo deve diferenciar-se da correta e necessária criação judicial do direito. O núcleo essencial do princípio da divisão dos poderes funciona como limite ao ativismo judicial, impedindo a apropriação de um poder do Estado, do cerne das atribuições de outro poder. Mauricio Junior (2009, p. 154) salienta que

"[...] o núcleo essencial da divisão dos poderes cria um limite ao ativismo judicial". Ou seja, trabalha-se a expressão ativismo judicial para designar, na presente pesquisa, a usurpação do poder Judiciário, quando ultrapassa as prerrogativas e competências legais do Executivo e/ou Legislativo, utilizando-se de critérios muitas vezes metajurídicos (axiológicos, valorativos) para proferir decisões que não são tipicamente de sua esfera competencial. A crítica apresentada nesse cenário teórico diz respeito a determinadas situações nas quais o poder Judiciário exerce uma atribuição que não lhe pertence, invadindo a competência de outras esferas (Legislativo e Executivo), sob a justificativa de que sua atuação objetiva a realização da justiça. Porém, essa postura utilizada indevidamente pelo Judiciário robustece o protagonismo e a discricionariedade judicial, conferindo poderes unilaterais ao julgador, para decidir, muitas vezes, de forma contrária ao que dispõe o texto constitucional, além de permitir que o magistrado relativize o princípio da fundamentação racional das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX CF/88), sob a justificativa de que a partir de fundamentos metajurídicos distribuirá messianicamente a justiça entre as partes.

O pró-ativismo ou protagonismo identificado por Coelho (2015), defende a saudável criação judicial do direito, pois o julgador pode transpassar a lei, sem necessariamente transgredir a lei, buscando a realização da justiça social e consagração do direito. Nesse sentido, o juiz deve pautar-se com responsabilidade e autocontrole na busca por novos caminhos, agindo como alma do progresso jurídico. O mesmo autor identifica o modelo constitucional pátrio com uma máscara ideológica que disfarça o Estado Judicial de Direito. Ressalta, ainda, que o poder constitucionalmente delegado ao Judiciário é dependente de ser acionado e não possui vontade própria podendo, assim, ser considerado o mais fraco dos três poderes, estritamente vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais. Na realidade o pró-ativismo consiste na atuação do Judiciário, quando previamente provocado, em hipóteses nas quais a omissão do Legislativo e/ou Executivo exige sua intervenção, como forma de assegurar o exercício dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, devendo o julgador se utilizar de premissas pautadas na racionalidade crítica para fundamentar suas decisões, afastando-se do solipsismo e da forte carga metajurídica, muito evidente no ativismo judicial, conforme exposto acima.

Pautado pelo mandado de otimização e o princípio *pro omni*, o juiz deve enfrentar os limites cognitivos e ausência ou inadequação de ferramentas para busca da máxima eficácia dos direitos fundamentais, especialmente observando-se o disposto no art. 5º, §1º/CF, combinado

com a art. 2º do PIDESEC. A aplicação imediata elencada pela Constituição, juntamente com o compromisso internacionalmente assumido em dispor do máximo de seus recursos na concretização dos direitos fundamentais, obrigam o Judiciário a garantir escolhas orçamentárias adequadas à realidade social e controle da obesidade infantil. “No exercício do controle jurisdicional, os tribunais inevitavelmente se veem frente à necessidade de criação do direito para manter íntegra a supremacia constitucional” (MAURICIO JUNIOR, 2009, p. 168).

Segundo Costa (2013), tratando-se de interesse público, o Judiciário excepcionalmente pode decidir *ultra petita*, ou seja, decidir além do que foi pedido, desde que justifique essa sua decisão na busca pela implementação igualitária dos direitos fundamentais aos cidadãos. A decisão judicial deve ser construída em conjunto, com a participação dos atores primários, os responsáveis pela elaboração da política pública, bem como os agentes interessados na proposição e construção da melhor solução a ser adotada. Em contrapartida, o mesmo autor reconhece a existência de momentos ou casos em que a decisão judicial impositiva ou forçada seja mais adequada. Para Vanice Valle (2016), o Judiciário deve atuar como agente catalizador para viabilizar mudanças de agenda nas escolhas públicas. É nesse contexto que se problematiza o pró-ativismo, que torna viável a atuação jurisdicional no sentido de permitir que o julgador, fundamentando-se em premissas jurídico-constitucional-democráticas, deverá decidir sempre com os olhos voltados para a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente no sentido de prevenir e controlar a obesidade infantil, já que as crianças são titulares de direitos juridicamente considerados no grupo dos vulneráveis.

Visando coibir o ativismo, a estratégia de autocontenção, pautada pela corrente do minimalismo jurídico, é apontada como melhor posição à atuação do Judiciário. Neste entendimento, a revisão judicial evita grandes considerações teóricas, optando por decidir menos, buscando reduzir as dificuldades na tomada de decisões polêmicas, além do “custo de decisões equivocadas” (LIMA, 2014, p. 97). Mesmo sob críticas, o minimalismo busca limitar espaço para ocorrência do ativismo judicial e suas múltiplas dimensões, reconhecendo que grandes decisões devem ser tomadas no âmbito das instituições representativas. O Judiciário, “assentado no minimalismo”, deve colaborar para a efetivação da democracia (LIMA, 2014, p. 118). Decisões minimalistas, por vezes, podem gerar mais efeitos que decisões maximalistas, ou amplas. Lima (2014), esclarece que a fundamentação de uma decisão judicial também é

importante para o debate social, reconhecendo que decisões profundas também podem incentivar à correção de erros ou de posições estatais.

A maior objeção à intervenção judicial no âmbito das políticas públicas é sua ilegitimidade para manejar o orçamento público. Sempre que se deparar com essa questão, o Judiciário deve optar por uma conduta minimalista, investindo na reorganização do Estado de modo a reestabelecer a estrutura do poder. “Decidir, substitutivamente, sem investir na restauração do desenvolvimento ordinário das funções legislativa e executiva é cancelar uma disfuncionalidade no arranjo do poder’ (VALLE, 2016, p. 89). Neste sentido, substituiria uma violação constitucional por outra. Assim, a atuação do Judiciário no que atine à implementação de políticas públicas deverá ocorrer sempre que ficar comprovada a prática de condutas omissivas ou comissivas, praticadas pelo Executivo e/ou Legislativo, no sentido de obstaculizar e/ou dificultar a concretização dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte. Judicializar tais questões constitui um modo viável de implementar a democracia mediante a possibilidade de exercício daqueles direitos considerados essenciais à dignidade humana e cidadania.

7. REVISÃO JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS

A intervenção do poder Judiciário na gestão das escolhas orçamentárias é uma excepcionalidade que se justifica nos casos de omissão do Legislativo e/ou Executivo, ou quando agem no sentido de obstaculizar o exercício de direitos previstos no plano jurídico-constitucional. Sob essa perspectiva, a função jurisdicional, uma vez movimentada, atuaria para prevenir lesão ou ameaça a direitos, satisfazendo o interesse da coletividade no que atine ao gozo de direitos fundamentais sociais mediante a implementação de políticas públicas. Segundo Vanice Valle (2016), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais estabelece obrigações positivas a serem adotadas por parte do Estado, impondo obrigação material de agir, mesmo que essa atuação seja por omissão. Além da dimensão objetiva, os direitos sociais exigem prestação positiva, conhecidos como direitos prestacionais, que por sua vez, também, exigem disponibilização orçamentária.

No entendimento de Mauricio Junior (2009, p. 15), “direitos sociais geram prestações a encargo do Estado, as quais, por sua vez, demandam recursos públicos”. Segundo o autor, orçamento público funciona como mecanismo para efetivação dos direitos fundamentais e possui natureza jurídica complexa. A dimensão custo é aspecto importante a ser considerado na efetivação dos direitos fundamentais. “Em suma: as decisões sobre a implementação de prestações estatais são escolhas orçamentárias” (MAURICIO JUNIOR, 2009, p. 86). Na lição de Nunes (2015), os direitos não são gratuitos e necessitam de todo um aparato legal para serem efetivados, com os custos extraídos e sustentados pela própria sociedade. A complexidade e planejamento do orçamento público decorre dessa necessidade de recursos financeiros para concretização dos direitos fundamentais. A autora defende que frente a crescente necessidade financeira para sustentação dos direitos sociais, toda escolha orçamentária terá uma decorrência trágica em algum aspecto. Quando o administrador público elege determinada política pública, outra terá de esperar o surgimento de recursos.

Caso as escolhas orçamentárias violem a Constituição ou os direitos fundamentais, o Judiciário deverá estar apto a intervir no sistema orçamentário, o que deve ser feito com cautela para não ferir a divisão dos poderes, a discricionariedade administrativa e os princípios democráticos. Na adoção de revisão judicial das escolhas orçamentárias, o Judiciário deve adotar uma postura minimalista ou autocontida, deixando aberta a porta para futuras reflexões do jogo político no debate democrático, que conforme salientado por Mauricio Junior (2009, p. 242), “o tribunal não deve dizer mais do que suficiente para justificar a solução adotada”.

A escassez de recursos, bem como a rigidez na alocação dos mesmos, exerce limite e exige análise das possibilidades para efetivação dos direitos sociais, especialmente das crianças, que como dito, possuem direito à prioridade no atendimento. Para Vanice Valle (2016), os limites e possibilidades inerentes ao sistema orçamentário devem ser superados e não podem ser invocados para limitação dos direitos fundamentais coletivos ou individuais. A autora salienta que a falta de recursos para realização de determinadas tarefas não impede a inclusão orçamentária para o próximo calendário base. A falta de recursos para concretização plena de determinado direito, não impede que seja iniciado um projeto de proteção social para alcance futuro. Uma das formas encontradas pelo Judiciário para exercer o controle do orçamento é o bloqueio e sequestro dos recursos públicos. Para Mauricio Junior (2009), essa prática não possui amparo legal para a revisão judicial das escolhas orçamentárias, trazendo graves consequências

à condução do Estado. O bloqueio de recursos para aplicação em um caso concreto somente deve ser utilizado como situação excepcional, admitindo-se o sequestro de verbas orçamentárias para casos ou situações graves e excepcionais.

O sistema orçamentário é visto como instrumento para implementação dos direitos sociais. O manejo do orçamento público é atribuição primária dos poderes Executivo e Legislativo. Na judicialização, os princípios de economia e administração pública regentes do orçamento, entram em contato com a esfera jurídica e efetivação dos direitos fundamentais. A estrutura do sistema orçamentário exige legitimidade democrática, realizada diretamente pelo cidadão ou indiretamente através do voto, omitindo a possibilidade de intervenção do Judiciário dentre os agentes capazes de manejarem os recursos públicos. Seguindo o entendimento de Mauricio Junior (2009), essa objeção deve ser enfrentada pelo Judiciário, que deve fundamentar sua decisão na excepcionalidade e subsidiariedade, para cumprir seu papel constitucional, na defesa dos direitos subjetivos e harmonia social. Assim, a decisão judicial deve respeitar o núcleo essencial da separação dos poderes, sem enrijecer a discricionariedade administrativa e observar as demais prestações à serem ofertadas pelo Estado. A intervenção judicial no orçamento pode ser orientada pelos institutos do mínimo existencial e a reserva do possível, conforme visto adiante.

7.1 Ferramentas Jurídicas para o Manejo Orçamentário

Os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, surgidos em decisões judiciais da Alemanha, no pós-guerra, desenvolveram-se de modo a exigir habilitação por parte do Judiciário para intervenção em escolhas orçamentárias. Esses instrumentos jurídicos estabelecem parâmetros para atuação e constrição da intervenção judicial, que deve ser pautada por critérios mensuráveis e ponderáveis. Embora os conceitos tenham surgido primeiramente na Alemanha, desenvolveram-se diferentemente conforme a realidade econômica dos países em que foram empregados. O estudo das respectivas temáticas, no contexto do objeto de investigação, se torna necessário para demonstrar os critérios, parâmetros e referenciais que deverão ser utilizados para tornar viável a proposta de judicialização de política pública de prevenção e controle da obesidade infantil.

7.1.1 Mínimo Existencial

A teorização do mínimo existencial surgiu da necessidade de definição de critérios jurídico-constitucional-orçamentários para reger a obrigatoriedade de o Estado garantir aos cidadãos os direitos fundamentais sociais mínimos e hábeis a assegurar a dignidade humana e cidadania, seja sob o aspecto individual como coletivo. O que se tornou conhecido como mínimo existencial teve surgimento na Alemanha e foi sistematizado de diferentes maneiras nos países em desenvolvimento. Para nós, pode ser entendido como o conjunto de prestações sociais indispensáveis para assegurar a todos uma vida digna, no sentido de uma vida saudável, ou seja, o mínimo necessário para o desenvolvimento pleno (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). O mínimo existencial é entendido como o conteúdo básico para plena fruição dos direitos fundamentais e deve superar o entendimento de mínimo vital ou mínimo fisiológico, estando amplamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (MAURICIO JUNIOR, 2009). Para Mauricio Junior (2009, p. 72):

Metodologicamente, o mínimo existencial deve ser encarado como uma regra jurídica, e, constatando-se que uma prestação social é indispensável ao mínimo existencial, esta deve ser fornecida independentemente de haver limitações normativas contrapostas.

No âmbito do mínimo existencial a proteção jurisdicional é máxima e, nesse sentido, pode-se superar ou afastar uma regra a fim de garantir o essencial em um determinado caso concreto. A utilização das proposições teóricas decorrentes da essencialidade de direitos básicos exige elevado ônus argumentativo e demonstração de excepcionalidade. Correlaciona-se o direito almejado com a escassez de recursos, além daquilo de que a sociedade é capaz de dispor, e para sua aplicação diante do caso concreto é necessária a averiguação, produção de prova e amplo contraditório. O uso desta ferramenta jurídica amplia a força normativa, no sentido de não permitir objeções por falta de recursos, discricionariedade ou falta de *expertise* do agente público (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). Com o mínimo existencial, os direitos sociais não são vistos como direitos absolutos, pois dessa forma, os direitos que vão além do mínimo existencial estão submetidos aos princípios materiais e formais da democracia, da divisão dos poderes, das escolhas orçamentárias e do jogo democrático. Isso significa que as prestações ligadas ao mínimo existencial não devem estar integralmente subordinadas à limitações orçamentárias e vontade do legislador ou administrador, mas exatamente o contrário. Para Mauricio Junior (2009), sob a garantia do mínimo existencial, as prestações estatais possuem exigibilidade máxima, devendo ser fornecidas prontamente. Ou seja, a

fundamentalidade dos direitos ou o núcleo essencial dos direitos fundamentais e sociais pode equivaler-se ao mínimo existencial, o que é diferente do princípio da dignidade da pessoa humana. O autor reconhece ainda que no modelo de Estado Prestacional moderno o indivíduo tem interdependência existencial com a atuação do poder estatal, salientando que a inexistência dos recursos públicos necessários para efetivação dos direitos sociais não justifica a inexistência desses direitos, e que a perspectiva de uma existência digna vai além da simples sobrevivência física. As proposições teóricas apresentadas atuam de forma a exercer a máxima proteção aos direitos sob sua influência, e a concepção do mínimo existencial não contraria o desenvolvimento e aplicação dos direitos sociais. Na lição de Mauricio Junior (2009, p. 57), “[...] longe de tornar os direitos sociais mais fracos, considera-los como direitos fundamentais quando inseridos no âmbito do mínimo existencial os deixa mais fortes, livres das usuais objeções que lhes são colocadas”. Nessa perspectiva exposta, os direitos prestacionais se transfiguram em direitos fundamentais essenciais.

O entendimento de fundamentalidade do núcleo essencial dos direitos deve permitir sua utilização como instrumento jurídico para efetivação dos direitos fundamentais, além de superar as objeções quanto à discricionariedade administrativa, separação dos poderes e falta de legitimidade orçamentária. Os direitos sociais que extrapolem a concepção de mínimo existencial são considerados de satisfação progressiva, garantidos pelo ordenamento jurídico e sistemas de proteção dos direitos fundamentais somente até o ponto em que não prejudique o equilíbrio fiscal e funcionamento do Estado (MAURICIO JUNIOR, 2009). Para o desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes, com direito à saúde, educação, alimentação adequada e proteção contra a obesidade infantil, o mínimo existencial deve permitir e qualificar a intervenção judicial nas escolhas orçamentárias, priorizando devidamente a defesa dos direitos fundamentais dos vulneráveis, conforme preconizado pela Declaração universal dos Direitos das Crianças e demais Tratados de Direitos Humanos em vigor.

Considera-se minimamente essencial para a dignidade das crianças e adolescentes a obrigação de o Estado planejar, executar e implementar uma política pública de prevenção e controle da obesidade infantil, algo indispensável para garantir o exercício de direitos fundamentais básicos, como a vida e a saúde. O desenvolvimento da concepção de mínimo existencial no âmbito da revisão judicial das escolhas orçamentárias envolve o entendimento da reserva do possível. A literatura registra discussão acerca da possibilidade, ou não, do

mínimo existencial estar limitado e subordinado à reserva do possível. Na lição de Mauricio Junior (2009, p. 76), “[...] mesmo que se reconheça um direito fundamental a prestações estatais inserido no âmbito do mínimo existencial, este também se submete a reserva do possível, entendida como aquilo que razoavelmente se pode exigir da sociedade”, conforme a seguir exposto sob o ponto de vista crítico.

7.1.2 Reserva do Possível

A sistematização teórica da reserva do possível se pauta na premissa da escassez de recursos econômicos do Estado quanto à implementação de políticas públicas e execução de medidas que privilegiem o exercício de direitos fundamentais individuais e coletivos. A métrica economicista utilizada como referencial para o entendimento e o exercício dos direitos fundamentais nem sempre é vista como o critério mais justo e igualitário, haja vista que sob o ponto de vista crítico poder-se-ia dizer que se trata de teoria voltada a justificar a ineficiência estatal quanto ao oferecimento de condições para que os cidadãos possam exercer dignamente todos os direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte. O Tribunal Constitucional da Alemanha, ao analisar o caso que ficou conhecido como *numerus clausus*, na década de 60 do século passado, promulgou uma decisão fundamentada na razoabilidade daquilo que o cidadão pode exigir da sociedade, o que ficou conhecido como reserva do possível. Esse entendimento implica na disponibilidade dos recursos necessários para oferecimento adequado das prestações estatais ao caso concreto. “A expressão traduz a ideia de limitação dos recursos orçamentários disponíveis para fazer frente a uma ilimitada e dispendiosa demanda social a ser por eles suprida” (SILVA, 2012, p. 67). A reserva do possível decorre do entendimento de que os direitos fundamentais implicam em custos, porém, a dimensão custo não pode ser fator ou argumento impeditivo de realização, aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, principalmente os direitos inseridos no âmbito do mínimo existencial (SARLET, FIGUEIREDO, 2008).

No âmbito dos direitos fundamentais, a reserva do possível estabelece a razoabilidade daquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade. Mauricio Junior (2009, p. 20) escreve que: “A efetivação dos direitos a prestações estatais se desenvolvem de acordo com o que é razoavelmente possível exigir da sociedade”. Nesse sentido, a prestação do serviço estatal está

condicionada à reserva do possível, ressaltando-se que esse instituto jurídico implica em disponibilidade dos recursos, disponibilidade jurídica e proporcionalidade/razoabilidade do pedido. Na realidade, a reserva do possível tem um aspecto fático-material, que é a falta ou escassez dos recursos, seja por esgotamento ou falência do sistema, e não deve ser utilizado para justificar a falta de previsão orçamentária. A revisão judicial das prestações estatais está submetida ou subordinada à reserva do possível, entendida como aquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade. Esse preceito deve balancear a causa do pedido, os recursos disponíveis e as demais prestações oferecidas pelo Estado (MAURICIO JUNIOR, 2009).

Faria Junior (2017, p. 51) leciona que, “[...] a escassez de recursos surge como elemento central do conceito de reserva do possível”. A compreensão da reserva do possível, com os critérios da razoabilidade, proporcionalidade, adequação e possibilidade de alocação, visa evitar que outras políticas públicas fiquem engessadas ou prejudicadas pela intervenção judicial (COSTA, 2013). A reserva do possível não significa apenas saber se existem os recursos disponíveis, pois o estabelecimento e a aplicabilidade desse critério exige um complexo balanceamento de razões e interesses envolvendo o conjunto de necessidades e gastos públicos. Para Mauricio Junior (2009), reserva do possível exige o conhecimento das prestações estatais, da realidade econômica, razoabilidade do pedido, disponibilidade e manejo dos recursos. É preciso reconhecer que os direitos fundamentais ou os direitos prestacionais e sociais não são infinitos ou absolutos. Mauricio Junior (2009), salienta que esses direitos são de satisfação progressiva e se desenvolvem conforme o avanço social e a reserva do possível. Sob a ótica desse instituto jurídico, nem mesmo a saúde pode ser considerada um direito fundamental absoluto. O direito fundamental à saúde, estando subordinado à reserva do possível, será atendido na medida das possibilidades financeiras da sociedade. Assim, a prestação do serviço estatal está condicionada à reserva do possível, sendo que a efetivação dos direitos prestacionais se desenvolve conforme o que é razoavelmente possível exigir da sociedade.

Percebe-se que a limitação dos direitos fundamentais não ocorre de maneira absoluta, sendo um limite maleável que não impede o remanejamento ou criação de fundos no calendário orçamentário. Para Mauricio Junior (2009), o atendimento ao mínimo existencial não pode ser afastado pelo argumento da reserva do possível. Para o autor, os parâmetros de aferição da reserva do possível, como a proporcionalidade e razoabilidade do pedido frente à sociedade,

não podem ser utilizados para limitar ou bloquear o direito como uma barreira intransponível. A reserva do possível deve avaliar as questões de fato, analisando provas e perícias, para equilibrar princípios e direitos, que apontem contra ou a favor ao fornecimento da prestação estatal.

Nesse contexto propositivo, a reserva do possível nos países em desenvolvimento, diferentemente do que ocorre nos países desenvolvidos, passou a funcionar no sentido de exigir a formação e disponibilização dos recursos necessários dentro do cronograma orçamentário. Assim, tal critério jurídico não pode ser utilizado para restringir direitos fundamentais (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). Para Costa (2013), a reserva do possível funciona como instrumento jurídico para o contingenciamento de verbas. Silva (2012, p. 54), entende que a reserva do possível “traduz a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial em matéria relativa a políticas públicas”. O Estado ou órgão estatal demandado deve provar a inexistência dos recursos, porém isso não impede a designação de previsão para o próximo calendário base (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). No entendimento de Mauricio Junior (2009), a insuficiência de recursos deve ser expressamente comprovada pela administração e, uma vez comprovada, o problema passa a ser sobre as prioridades de alocação. Havendo comprovação fática da falta de recursos, o Judiciário deverá determinar a inclusão de dotação orçamentária no próximo exercício financeiro. “Não parece legítimo, por exemplo, alegar insuficiência de recursos para realização de investimentos na área de saúde quando existem, no mesmo orçamento, abundantes recursos destinados à propaganda governamental” (SILVA, 2012, p. 71). Na lição de Costa (2013, p. 261):

Isoladamente, a escassez orçamentária, expressa na tese da ‘reserva do possível’, não é argumento sólido o bastante para afastar o imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Judiciário determinar ao Estado a alocação de verbas orçamentárias específicas para os cumprimentos de direitos sociais.

Silva (2012, p. 68) leciona que:

Sob outro vértice, é preciso sublinhar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa que sejam insuficientes para, ao menos, iniciá-la. Deste modo, nada impede que se comece a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, seja analisado como podem ser introduzidos novos recursos para dar seu prosseguimento. Indo além, se a Constituição prevê que a lei não excluirá de apreciação lesão ou ameaça de lesão a direito (inafastabilidade da jurisdição), não poderá o Poder Judiciário afastar a tutela jurisdicional pleiteada por fundamentos externos ao direito, sob a invocação de um fator econômico.

É necessária a compreensão de que o Judiciário está submetido aos objetivos fundamentais estabelecidos pela Constituição e não à programas partidários ou injunções de fatores econômicos, observando, ainda, o compromisso pactuado pelo Brasil em adotar, até o limite máximo de seus recursos, as medidas necessárias ao pleno desenvolvimento dos direitos sociais, conforme art. 2º, I do PIDESC. Para Mauricio Junior (2009), a reserva do possível abarca a compreensão da previsão na lei orçamentária, a arrecadação dos recursos previstos nos planos anuais e plurianuais e, ainda, a soberania orçamentária do legislador. O entendimento é de que a da reserva do possível funciona como ferramenta ou instrumento jurídico, de uso subsidiário, capaz de interferir no planejamento orçamentário para proteção dos direitos fundamentais (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). Utilizando-se corretamente do expediente da reserva do possível, o Judiciário estará apto a intervir no orçamento público, consagrando o princípio da eficácia dos direitos fundamentais estabelecidos pelo art. 5º, §1º/CF, reconhecendo-se que a reserva do possível não exime o Judiciário de desenvolver sua competência acerca dos problemas públicos e soluções de macrojustiça.

Finalizando nossa análise do controle judicial das políticas públicas de combate à obesidade infantil, seus limites e possibilidades, vislumbra-se que a intervenção judicial deve equalizar os princípios do direito com os parâmetros e princípios inerentes à ciência da política pública. A jurisdição constitucional deve abarcar critérios de adequação, aptidão, necessidade, proporcionalidade, custo-benefício, sustentabilidade, razoabilidade, equacionamento, discricionariedade, meios e fins; contaminados pelos princípios da administração pública, como a moralidade, probidade, planejamento, efetividade, transparência e eficiência, aliados ao mandado de otimização dos direitos fundamentais, além dos princípios oriundos dos direitos humanos, como vedação de retrocesso e o princípio *pro omni*. O mandamento de prioridade no atendimento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes deve exigir a movimentação da reserva do possível para que o orçamento público possa fazer frente às necessidades amparadas no âmbito do mínimo existencial. Desta forma, pautando-se pelo mínimo existencial e a reserva do possível, o Judiciário deverá agir na defesa da saúde, educação e alimentação adequada, feridos pela epidemia de obesidade infantil, de modo a não configurar ofensa ao princípio da separação dos poderes (funções estatais).

8. CONCLUSÃO

A discussão acerca de competência e legitimidade do Judiciário para rever atos oriundos dos poderes Executivo e Legislativo está longe de apresentar solução para o ativismo jurídico, a invasão de competência ou eliminar o risco de um governo de juízes. A revisão judicial das políticas públicas de combate à obesidade infantil enfrenta limitações legais e cognitivas, uma vez que dificilmente o juiz tem a oportunidade de vislumbrar o funcionamento adequado da máquina pública, os anseios sociais e demais fatores envolvidos. Ampliar o conhecimento nessa área visa combater o agir espasmódico da administração pública, normalmente pesada, desordenada, desintegrada, reacionária e subordinada a interesses econômicos, bem como reforçar a proteção contra violações dos direitos fundamentais dos vulneráveis afetados pela obesidade.

O objetivo do presente trabalho é contribuir na construção de boas práticas para o controle judicial de políticas públicas no combate à obesidade infantil, fazendo frente à obscuridade que paira sobre a competência do Judiciário para rever escolhas orçamentárias e intervir na discricionariedade administrativa. Clareou-se a discussão sobre ativismo judicial e usurpação de poder, bem como investigou-se a ferramenta jurídica do mínimo existencial e a reserva do possível, para o estabelecimento de limites e possibilidades de intervenção judicial nas decisões governamentais e orçamentárias, especialmente em questões sociais e direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Importante esclarecer que os parâmetros e critérios econômicos, preconizados pela doutrina da reserva do possível, não podem representar óbice no que tange à efetivação do mínimo existencial referente à implementação de política pública de prevenção e controle da obesidade infantil, já que a referida temática diz respeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, considerados jurídico-legalmente como sujeitos vulneráveis.

Entende-se como necessário o estabelecimento de parâmetros para minimizar ou afastar o risco de um governo de juízes, evitando fratura no sistema constitucional de freios e contrapesos, sem fragilizar a força contra majoritária do sistema jurídico. Buscou-se reforçar o entendimento quanto à possibilidade de atuação do poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais em área de atribuição especificamente afeta aos poderes Legislativo e/ou

Executivo. Desta forma, a possibilidade de judicialização das políticas públicas de combate à obesidade infantil deve funcionar como mecanismo para controle de qualidade da administração pública, bem como do sistema de proteção social e as prioridades constitucionais.

Conforme salientado por Mauricio Junior (2009) e Vanice Valle (2016), o limite estabelecido pelo princípio da separação dos poderes não é absoluto, estando submetido ao atendimento dos direitos fundamentais. Esse princípio possui um cerne ou núcleo essencial, que preserva a discricionariedade do administrador e protege contra o ativismo jurídico. O núcleo essencial do princípio da divisão dos poderes proíbe que um poder do Estado se aproprie das atribuições de outro poder estatal. Atuando pautado pela defesa dos direitos fundamentais, o Judiciário supera a discussão sobre invasão de competência e usurpação do poder, assumindo o papel de guardião do texto constitucional democrático. Ressalta-se que não existe discricionariedade administrativa na violação à direitos fundamentais e sim, violação à preceito constitucional, visto que o núcleo essencial da divisão dos poderes é um limite fático ao ativismo judicial.

A judicialização de políticas públicas é um fenômeno natural, decorrente da dinâmica de controle do Estado, visa alcançar a eficácia e eficiência tão desejadas no manejo do orçamento público e concretização dos direitos fundamentais. O Judiciário, conforme a arquitetura constitucional pátria, atua como mediador ou conciliador dos anseios sociais e deveres do Estado, podendo garantir a prioridade no atendimento das crianças conforme preconizado pela Constituição Federal em seu art. 227 e a Convenção sobre os Direitos das Crianças. A revisão judicial somente é exercida em consequência de algum desvio ou infidelidade ao sistema constitucional. Assim, o Judiciário age para garantia dos direitos fundamentais. Segundo Vanice Valle (2016), a judicialização de políticas públicas decorre do exercício natural de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, expressamente amparado no artigo 5, inciso XXXV do texto constitucional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou direito fundamental de acesso à justiça).

A atuação do Judiciário deve manter-se como subsidiária e excepcional, dentro da moldura constitucional. A revisão judicial das escolhas orçamentárias deve ser minimalista, autocontida e limitada, nunca substitutiva do agente primário. Pela autocontenção o Judiciário deve limitar-se, não ultrapassando aquilo que precisa para fundamentar sua decisão. A sentença deve possuir caráter estratégico e pedagógico para direcionamento da ação estatal, e nesse

sentido, Vanice Valle (2016), salienta que a indicação dos resultados almejados pela sentença atua como parâmetro de verificação e controle de eficácia da mesma.

A atuação estatal, inclusive do Judiciário, deve pautar-se à guisa do direito fundamental à boa administração pública. A intervenção judicial deve equalizar os princípios do direito com os parâmetros e princípios inerentes à ciência da política pública. As decisões judiciais que objetivam remanejar o orçamento público, sem especificar o *quantum*, devem ser evitadas, pois a falta de especificação de valores pode inviabilizar sua efetividade. Nesse sentido, a decisão judicial sobre políticas públicas de prevenção da obesidade em crianças e adolescentes deve voltar-se para o futuro, característica própria da visão do administrador público, privilegiando imediatamente a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e, mediamente, garantir a prevenção de doenças e demais efeitos decorrentes de tal fenômeno social.

Constata-se a capacidade do Judiciário para rever, desenvolver ou determinar alterações em políticas públicas de controle da obesidade infantil, respeitados os limites estabelecidos pela Constituição Federal e o direito internacional público. Conclui-se pela aptidão do Judiciário devido a competência constitucional subsidiária, para rever os atos oriundos de outras esferas do poder (executivo e legislativo), agindo no estrito cumprimento de seu dever constitucional, para garantir a eficácia dos direitos fundamentais afetados pela epidemia de obesidade infantil. Conforme expresso por Silva (2012, p. 73), “[...] admitir o controle pelo poder Judiciário em matéria de políticas públicas é a solução que melhor se harmoniza com os critérios de justiça, proporcionalidade e razoabilidade que informam o ordenamento jurídico pátrio”. A ditadura da maioria e o jogo de interesses econômicos são elementos a serem observados na ocorrência de judicialização das políticas públicas para prevenção da obesidade infantil. Adotando-se princípios de boas práticas, a judicialização de políticas públicas reforça o sistema constitucional, garantindo o bem-estar social, em conformidade com a Constituição Federal e os direitos humanos. Assim, entende-se por positivo o fato de o Judiciário poder intervir nas decisões governamentais para garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, enaltecendo-se os demais fundamentos e argumentos outrora expostos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva: Coleção Teoria e Direito Público, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para um teoria jurídica das políticas públicas**. Saraiva, São Paulo/SP, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. In: **Revista de Investigação Constitucional**. Curitiba/PR, v. 2, n. 3, set/dez 2015. p. 183-206.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**; UNICEUB; V. 5, Número Especial; 2015, p. 3-22.

COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas: Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n. 199, jul./set 2013, p. 255-269.

D'AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. v. 106, jul./ago., 2016.

FAO. **Informe de la sociedad civil acerca del uso y la aplicación de las directrices sobre el derecho a la alimentación**. Traducción al castellano por Rodrigo Ginés Salguero. Roma/Itália, 2018.

HENRIQUES, Patrícia; SALLY, Enilce Oliveira; BURLANDY, Luciene; BEILER, Renata Mondino. Regulamentação da propaganda de alimentos infantis como estratégia para a promoção da saúde. In: **Ciência & Saúde Coletiva**. 2012, p. 481-490.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte/MG, Fórum, 2009.

NUNES, Tatiana Mesquita. **O segredo das escolhas trágicas da administração pública: Uma análise crítica da influência do poder Judiciário nas decisões de políticas públicas de seguridade social**. Segredos Jurídicos, 1ª ed., São Paulo, Poiesis, 2015.

OMS - World Health Organization. **Guideline: assessing and managing children at primary health-care facilities to prevent overweight and obesity in the context of the double burden of malnutrition**. Updates for the Integrated Management of Childhood Illness (IMCI). Geneva: World Health Organization; 2017.

ONU. **Declaração dos Direitos das Crianças**. 1959. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 29 mar. 2020.

ONU. Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional. In: **la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y la Organización Panamericana de la Salud**. Santiago/Chile, 2017.

SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo/SP, Malheiros, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**. N. 24, jul./2008, p. 1-37.

SILVA, Emílio Borges e. Poder Judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. In: **Revista de Direito Público: Londrina/PR**, V. 7, n. 3, set/dez 2012, p. 53-76.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos fundamentais e Controle Judicial**. 2ª ed. Belo Horizonte/MG, Fórum, 2016.

Data de Submissão: 01/04/2020

Data de Aceite: 07/08/2021