

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

CAROLINA ALTOÉ VELASCO

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Altoé Velasco; Lucas Gonçalves da Silva; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-311-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira, sobretudo, neste tempo de pandemia, emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 27 artigos em uma visão transversal e interdisciplinar, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o direito ao esquecimento na era da informação; o direito de acesso à internet como direito social fundamental; igualdade perante a lei e na lei: uma análise do princípio da igualdade sob a perspectiva da busca pela justiça através de atos normativos de discriminação positiva; direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas: uma análise do projeto “políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP”; o programa nacional de habitação urbana e a década perdida; o papel distributivo do Estado na administração de políticas públicas: uma análise do programa fundo esperança; mínimo existencial e reserva do possível em judicialização de políticas públicas; direito à educação de qualidade e as escolas cívico-militares; a utilização da extrafiscalidade como instrumento para efetivação de políticas públicas; o “vírus da fome”, a insegurança alimentar no Brasil e no mundo e o desenvolvimento humano ; o programa bolsa família como efetivação do direito à alimentação; os princípios da prevenção e da precaução sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no campo da saúde; os parâmetros para nomeação de candidatos aprovados em concurso público às vagas para pessoas com deficiência e sua incidência no âmbito do município de Manaus; o conceito de pobreza através do pensamento de Amartya Sen, o direito à alimentação e a necessidade de políticas públicas para a erradicação da fome o

direito à saúde na Constituição brasileira: o SUS como ferramenta para o enfrentamento da pandemia do SARS COV2; o direito fundamental à saúde no estado pandêmico: considerações sobre os limites da decidibilidade judicial para a concretização de um direito social em um cenário excepcional; educação pública inclusiva no Brasil em tempos de pandemia; a judicialização do direito à saúde e a responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos de alto custo como política pública; direito a saúde e o ativismo judicial em virtude da pandemia; direito fundamental individual e coletivo à saúde construindo à dignidade humana; a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia ligados ao zikavírus: da omissão à responsabilização do estado; a práxis de alteridade nas políticas públicas tributárias extrafiscais: um estudo sobre a distributividade do imposto territorial rural; o direito fundamental à saúde, o princípio da reserva do possível e a jurisdicionalização da saúde: uma revisitação ao instituto em tempos de pandemia; a formação para a docência na educação profissional tecnológica: um olhar jurídico a partir de alguns dispositivos legais; a administração pública em tempos de pandemia: o exercício do poder de polícia e seus limites; apenados (as) LGBT: no vácuo legislativo, a conquista de direitos pela via judicial e de políticas públicas; dos direitos coletivos às garantias individuais: análise sobre as relações trabalhistas diante da recusa da vacinação contra a COVID -19 na perspectiva do ministério público do trabalho.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dra. Carolina Altoé Velasco - UCAM

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL EM JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

EXISTENTIAL MINIMUM AND RESERVE THE POSSIBLE IN PUBLIC POLICY JUDICIALIZATION

Samuel Meireles ¹

Aparecido José dos Santos Ferreira ²

Resumo

Pesquisa-se sobre legitimidade do Judiciário, para rever uma decisão de outro poder. Quais limites e possibilidades da intervenção judicial nas políticas públicas? Objetiva-se na pesquisa, investigar os parâmetros jurídicos estabelecidos pelos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível. Adotou-se o método dedutivo, para análise jurídico-descritiva, das fontes teórico-bibliográficas pesquisadas. Concluindo-se com o avanço na proteção dos direitos humanos, quando o mínimo existencial e a reserva do possível, são observados na decisão e contribuindo no entendimento das ferramentas judiciais de proteção.

Palavras-chave: Judicialização, Políticas públicas, Mínimo existencial, Reserva do possível, Separação dos poderes

Abstract/Resumen/Résumé

Research is done on the legitimacy of the judiciary to review a decision by another power. What are the limits and possibilities of judicial intervention in public policies? The objective of the research is to investigate the legal parameters established by the concepts of existential minimum and possible reserve. The deductive method was adopted, for legal-descriptive analysis, of the researched theoretical-bibliographic sources. Concluding with the advance in the protection of human rights, when the minimum existential and the reserve of the possible, are observed in the decision and contributing to the understanding of the judicial protection tools.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Public policy, Existential minimum, Reservation of the possible, Separation of powers

¹ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT, Minas Gerais, Brasil.

² Advogado. Doutorando em Proteção dos Direitos Fundamentais. Mestre em Direito Empresarial. Professor universitário.

1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho busca investigar os aspectos que envolvem o controle judicial das políticas públicas, bem como seus limites e possibilidades, conforme estabelecidos pelos conceitos jurídicos de mínimo existencial e reserva do possível, tema ainda pouco discutido no meio acadêmico ou jurídico. Indaga-se sobre a possibilidade, ou não, do Judiciário rever uma política pública ou, um escolha orçamentária. Partilhamos do entendimento compartilhado por Vanice Valle (2016, p. 154-155) de que “[...] 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.”

O problema enfrentado pela intervenção judicial nas políticas públicas, passa pela capacidade e competência do Poder Judiciário, para rever as decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sem que se configure invasão de competência ou usurpação de poder. A harmonia entre os poderes busca evitar um governo de juízes e combater o ativismo jurídico, bem como manter o equilíbrio com a discricionariedade administrativa, legitimação democrática e o Princípio da Separação dos Poderes. O objeto de estudo da nossa análise, é a possibilidade ou não, de atuação do Poder Judicial em área de atribuição específica, afeto primariamente aos poderes Legislativo ou Executivo.

Nesse sentido, indaga-se sobre a capacidade e competência do Judiciário, para rever, desenvolver ou determinar alterações em políticas públicas. O Judiciário pode, ou não, intervir na decisão de outro Poder? Qual o limite constitucional para a separação dos poderes? O mínimo existencial e a reserva do possível, instrumentalizam o judiciário? O Judiciário possui competência para rever uma decisão orçamentária? Buscamos responder essas e outras questões, objetivando contribuir para construção de boas práticas na área de judicialização das políticas públicas. Para tal intento, adotamos o método dedutivo, para análise jurídico-descritiva das fontes bibliográficas, documentais e jurisprudenciais pesquisadas.

Nosso objetivo é investigar os argumentos jurídicos, favoráveis e contrários, ao controle judicial das políticas públicas. Neste ponto é necessário ressaltar que devido à complexidade e extensão do tema, o presente trabalho não pretende esgotar o assunto. Salientando-se que, para o presente estudo, serão consideradas apenas as decisões judiciais que visem o efeito de macro justiça, ou seja, decisões que atuem sobre coletividades ou sistema da administração pública, e não aquelas decisões inerentes à casos individuais ou de micro justiça.

2. Desenvolvimento da Teoria do Estado, Direitos Humanos e Políticas Públicas

A Teoria do Estado, as formas de governo e as funções do Estado na sociedade moderna, vem evoluindo e passando por constantes transformações. O desenvolvimento do Direito, desde Roma antiga aos dias atuais, permitiu ampliar a compreensão e colaborar para o desenvolvimento da Teoria do Estado. Saímos do Estado Absolutista, onde todo poder se concentrava nas mãos do soberano. Alcançamos a clássica divisão dos poderes formulada por Montesquieu no século XVIII, com Executivo, Legislativo e Judiciário. Passamos pelo conceito de Estado Liberal, Estado Mínimo, Estado de Bem Estar Social, Estado de Direito, Estado Social Fiscal e mais recentemente, conforme salienta Cambi (2016), experimentamos o fenômeno do neoconstitucionalismo e as tendências do Estado Emancipatório.

Desde a Revolução Francesa (séc. XVIII D.C.), com a evolução do constitucionalismo, a busca em proteger o indivíduo e a sociedade, contra os abusos do Poder Estatal, transformou-se no que é hoje conhecido como Teoria dos Direitos fundamentais (HERKENHOFF, 1994). O reconhecimento, na Constituição Federal, de validade dos direitos humanos, no todo ou em parte, para o ordenamento jurídico interno do Estado, tornou esse ramo do direito como fundamental no sentido de ser o fundamento base do convívio social. A garantia de proteção dos direitos fundamentais, tornou a razão de existência do próprio Estado, substituindo a vontade do soberano, pela vontade da lei. Essa mudança de entendimento na concepção do Estado e sua finalidade trouxeram novos paradigmas ao papel do Estado na realidade social (SILVA, 2012).

Os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos como fundamento essencial para justificar a criação e manutenção jurídica do Estado, ou seja, determinar a própria existência do Estado. A Constituição do Estado passou a ser reconhecida como um contrato social, irradiando os efeitos dos direitos fundamentais nas dimensões horizontal e vertical do ordenamento jurídico (CAMBI, 2016). Os Direitos fundamentais passaram a figurar como justificativa primordial para a criação da Constituição e do Estado. A concretização desses direitos são elementos determinantes, finalidade última, para a razão de existência do Estado. A Constituição atende ao anseio social, sendo que a positivação de novos direitos se desenvolve de maneira gradual, conforme se desenvolve a própria Democracia. (MARTINS, 2010).

A obrigação do Estado em atender os direitos fundamentais em sua mais ampla eficácia, inclusive nas relações privadas, expande a importância desses direitos serem observados por todos os membros da sociedade e não somente os atores e instituições da administração pública. A base fundamental para criação e manutenção da estrutura estatal são compostos pelos

mecanismos de proteção, promoção e concretização desses direitos. Segundo Hachem (2016), a obrigação assumida pelo Estado em adotar, defender e promover os Direitos fundamentais gera o que ficou conhecido como dimensão objetiva dos Direitos fundamentais, uma obrigação de agir, mesmo que essa ação seja desenvolvida com uma omissão ou inação.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no entendimento de Canotilho (2006), abriu espaço para o reconhecimento da ordem objetiva designada pela comunidade através da Constituição, fornecendo substrato para irradiação desses direitos a todo ordenamento jurídico. Neste sentido, o autor entende que a dimensão objetiva subjuga a sociedade à concretização desses direitos, além de permitir ao Judiciário o designo da política, proclamando o poder de ação na defesa dos direitos dos cidadãos, mesmo contra as decisões de instituições representativas ou de maiorias democráticas.

Desta forma, a primazia pelos direitos fundamentais revolucionou a importância do papel fiscal do Estado na sociedade. O custo de manutenção do sistema de proteção dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais prestacionais, assumiu enorme relevância na Democracia. Os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos como determinantes ou elementos finalísticos para o agir estatal, sendo que a atuação ou a resposta do Estado em atender suas obrigações constitucionais e demandas sociais, se dá através das políticas públicas, com recursos extraídos da própria sociedade (VALLE, 2016).

Mauricio Junior (2009) salienta que, a inclusão de um direito, mesmo que na Constituição Federal, não é suficiente para definir sua fundamentalidade. A concepção de direitos fundamentais deve ser compatível com a concepção de Estado. No atual modelo de Estado Democrático, direitos prestacionais devem ser considerados fundamentais quando necessários ao desenvolvimento da própria liberdade fática, ligada ao mínimo existencial, enquanto os demais direitos prestacionais desenvolvem-se de acordo com o jogo democrático e o planejamento ou prioridades do orçamento, conforme o limite da reserva do possível.

Vanice Valle (2016, p. 159), ensina que os direitos fundamentais funcionam como “espinha dorsal” para estruturação e prática das instituições democráticas e aparelhamento do Estado. Segundo a autora, o desafio de ampliar o conhecimento nesta área, construindo parâmetros para solução de políticas públicas, visa combater o agir espasmódico da administração pública, normalmente pesado, desordenado, desintegrado e meramente reacionário, direcionando o agir estatal na promoção e proteção dos direitos humanos. Neste caminho, salienta-se a necessidade de superação da discussão infrutífera sobre a distinção entre políticas de governo e políticas de estado, designando-as meramente por políticas públicas, que por sua vez, se distinguem de política partidária.

2.1 Políticas Públicas e a Moldura Constitucional

O reconhecimento e amadurecimento das políticas públicas como ferramenta de atuação estatal e, conseqüentemente, efetividade dos direitos fundamentais teve início nos Estados Unidos, onde foi inaugurado em 1927, o Comitê de Políticas Públicas. Até então, discutia-se sobre políticas públicas no âmbito das Ciências Sociais, Ciências Políticas e Administração.

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 (SAAD, 2015, ps. 843-845).¹

As 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, internormativo, de natureza multitemporal e caráter *continuum*, propagando-se no tempo (VALLE, 2016, p. 45). Características como multidisciplinar, racionalidade, utilidade e capacidade de desenvolver-se com o progresso do conhecimento fizeram das Políticas Públicas 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 (SAAD, 2015).

Vanice Valle (2016, p. 33) leciona que 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 ação e a função do Estado no desenvolvimento da sociedade. É metodologia ou processo de formulação das escolhas públicas, entendidas como dinâmica ou didática de ação e organização do poder estatal. Visto como instrumento capaz de moldar e direcionar a ação do poder, funcionando como desenho ou projeto da ação estatal e proteção subjetiva dos direitos fundamentais.

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 assumidos na Constituição (SILVA, 2012). Compete ao Estado, como atribuições primárias dos poderes Executivo e Legislativo, a obrigação de desenvolverem as políticas públicas necessárias à satisfação progressiva dos direitos fundamentais (COSTA, 2013).

¹ O número “ps.” indica a posição do parágrafo no e-book e não corresponde à página no livro impresso.

Em nossa Constituição Federal, no seu art. 1º, caput, adota-se o modelo de Estado Democrático de Direito e no inciso III estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a formação da República Federativa do Brasil. O art. 2º, apresenta o Princípio da Divisão dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem ser independentes e harmônicos entre si.

No art. 3º, I, III e IV, CF/88, são assumidos como objetivos fundamentais a construção uma sociedade livre, justa e solidária, com compromisso em erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, empenhado em promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. O art. 4º trata das relações internacionais, prezando pela integração regional e reconhecendo a prevalência dos direitos humanos como princípio regente.

O Título II da Constituição de 1988, inicia-se no art. 5º e trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-se em cinco capítulos e estabelece um amplo hall de direitos. Dentre esses direitos, destacamos o reconhecimento dos direitos oriundos dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte, citamos em especial, os Tratados de Direitos Humanos, conforme art. 5º, §2º, abarcando seus princípios e peculiaridades. Citamos ainda, a imposição de aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, estabelecida no art. 5º, §1º.

A arquitetura constitucional, por opção, visando evitar o enrijecimento e cristalização da dinâmica administrativa, traz pouca densificação normativa quanto à elaboração e desenvolvimento das políticas públicas. Optando por conteúdos valorativos e principiológicos, o sistema constitucional delega à União, a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, art. 21, IX. Obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, art. 37, visando garantir o bem estar social, art. 182, e o desenvolvimento máximo dos direitos fundamentais, como determinante ou elemento finalístico do agir estatal. São exemplos o SUS, art. 196/CF e o plano nacional de educação, art. 214/CF.

Após a E.C. 19/98, que alterou a redação do art. 37/CF, o princípio da eficiência ganhou autonomia e se destacou do princípio da economicidade, constituindo-se como atributo para observância pelo mecanismo de controle. A dinâmica de avaliação da eficiência de determinada política pública pode se diferir sob a ótica do administrador ou do analista jurídico. É necessário diferir a eficiência inerente à administração pública, contagiada pelos direitos fundamentais, da eficiência oriunda dos princípios de economia.

É preciso superar o entendimento da 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. 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 administração pública deve pautar-se observando a Constituição e os Direitos fundamentais como filosofia pública de organização social.

A administração pública deve operar dentro do que foi previamente normatizado e regida pelos princípios e regras de proteção aos Direitos fundamentais. (CLÈVE, LORENZETTO, 2015). 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.

A eficiência 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, do Direito e da Administração Pública. Vanice Valle (2016, p. 96), salienta que “[...] na moldura constitucional não há espaço para a atuação voluntarista, isolada, injustificada, desconectada com o projeto geral de atuação do poder.”

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. Aliado à moldura constitucional, atua o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como o compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil, em atender até o limite máximo de seus recursos, os Direitos fundamentais, conforme art. 2º, I, do PIDESC, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 1992.

3 Controle Judicial das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades

Características próprias à ciência das políticas públicas, são fatores a serem superados pelo Judiciário, na revisão de um caso de macro justiça. O analista jurídico, habituado à rigidez da lei e morosidade na transformação do Direito, encontra perspectiva de continuidade e projeção futura relacionada à dinâmica temporal e multinível das políticas públicas, o que

impõe amplo desafio ao jurista. No quesito temporalidade, conforme salienta Vanice Valle (2016), sob a ótica da coletividade, o tempo transcorre no plural, com forte característica de múltipla dimensionalidade, sendo que o urgente para alguns pode não ser para outros.

Além da diferença de percepção do tempo para a coletividade, o lapso temporal necessário à construção de uma política pública pode se estender por longo período e ter caráter *continuum*, ou seja, construindo-se em seu decorrer. Essa característica não é compatível com o curto tempo disponível ao Judiciário, acostumado a análise retrospectiva dos fatos. Na lição de Mauricio Junior (2009, p. 172):

[...] as políticas públicas normalmente são resultantes de estudos prévios, ampla discussão e deliberação por parte dos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, podendo se estender por considerável período de tempo. Em uma ação judicial, o debate é mais restrito e limitado no tempo, o que pode levar a uma deficiência na informação sobre questões de fato relevantes para a decisão.

Empreendedorismo e ampla discricionariedade são outros exemplos de características que impõem limitação ao Judiciário para rever uma política pública. Mais uma vez salientamos que o Judiciário está habituado a análise retrospectiva, imediatista, pontual e rígida, sempre dentro da moldura da lei. No âmbito das políticas públicas a retrospectiva aprimora a prospectiva, que passa por constantes ajustes para alcançar os resultados almejados. Vanice Valle (2016) considera importante o desenvolvimento e aperfeiçoamento da capacidade do Judiciário empreender investigação quanto a existência ou eficiência de uma política pública, reforçando o princípio da transparência da administração pública e o direito fundamental à boa administração pública (VALLE, 2016).

O Judiciário ainda enfrenta dificuldade para exercer a força contra majoritária, necessária ao sistema de proteção aos interesses de minorias e vulneráveis. Adotar o controle de uma maioria eleita, por uma minoria não representativa, por si só, não caracteriza interferência do Poder Judiciário nas decisões da administração pública (MAURICIO JUNIOR, 2009). Neste sentido, o Judiciário detém de competência para decidir sobre a proteção de direitos subjetivos, mesmo que contrariamente ao desejo da maioria democrática, Teoria da Força Contra majoritária, atuando na proteção das minorias contra a tirania da maioria (SOARES, 2018).

O desenvolvimento da Democracia exige que o Estado garanta condições mínimas de subsistência do sistema social, sendo reconhecido que o Judiciário atua para promoção e manutenção da Constituição e da Democracia. No sistema constitucional adotado pelo Brasil, para o equilíbrio e harmonia do princípio da separação dos poderes, é imposto ao Judiciário a obrigação subsidiária de zelar pela efetividade dos direitos fundamentais, atuando como mecanismo de controle e garantia do sistema de proteção. Assim, Costa (2013), defende que o

Judiciário possui competência constitucional residual para controle, correção ou desenvolvimento de políticas públicas.

A judicialização das políticas públicas decorre em consequência 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. Esse Princípio Constitucional de 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 exercício de tal tarefa. Neste sentido, a legitimação democrática para o Judiciário rever as decisões governamentais é considerada residual, indireta ou subsidiária, pois provém diretamente da Constituição e não do voto.

A legitimação democrática do Judiciário é outorgada indiretamente através da Constituição Federal e não diretamente pelo voto, como normalmente ocorrem com a legitimação do Executivo e do Legislativo. Assim, é própria Constituição que dota tal poder de capacidade para fornecer jurisdição universal e obrigatória. 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 reivindicação 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 quanto à intervenção judicial na esfera de decisão política quanto à discricionariedade administrativa e legitimação democrática. Para Vanice Valle (2016), ocorrendo como exceção, a judicialização deve ser uma atividade autocontida, subsidiariamente e nunca substitutivamente ao competente primário, seja o Executivo ou o Legislativo. O que não exime o Judiciário de desenvolver sua aptidão e competência quanto a análise de políticas públicas.

A Constituição estabelece os poderes Executivo e Legislativo como competentes primários para delinear e executar as políticas públicas 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 majorias democráticas, interesses

econômicos, corporativos e o interesse das minorias. Silva (2012), leciona que a omissão dos órgãos estatais em adimplir com suas obrigações constitucionais autoriza a tentativa de reparação através do Judiciário.

Assim, políticas públicas e decisões orçamentárias não estão isentas do controle judicial, fazendo-se necessário entender que a judicialização auxilia na superação dos conflitos de natureza política. Temas onde os políticos não querem ver-se associados, considerados difíceis, tabus ou demandas de uma minoria, tais como aborto ou legalização da *cannabis*, são demandas impostas à análise judicial, que segundo Vanice Valle (2016), colocam o STF e a Jurisdição Constitucional, na vanguarda da Nação e dos direitos fundamentais.

A revisão judicial das políticas públicas ocorre na interseção de 3 elementos, a efetividade dos direitos fundamentais, a finalidade ou função da administração pública e a obrigatoriedade do controle jurisdicional oriunda da cláusula de inafastabilidade da jurisdição inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A interseção entre a efetividade dos direitos fundamentais, com a obrigação constitucional de agir do Estado, sob a jurisdição universal, permitem a ocorrência do fenômeno de revisão judicial das escolhas da administração pública.

Ao revisar uma política pública, o Judiciário não deve limitar a discricionariedade administrativa de modo a enrijecer a tomada de decisão ou o orçamento. Como dissemos, 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 discutiremos adiante, o núcleo essencial da separação dos poderes e o cerne da função administrativa inerente a cada poder estatal, funcionam 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 juizes. 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, 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.

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 da Constituição Federal. 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).”

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. A intervenção judicial deve ser dotada dos elementos da subsidiariedade e excepcionalidade, segundo a autora, a Constituição exige a ação estatal e não impede que essa atuação provenha de determinação judicial.

Barreiras rígidas e intransponíveis são indesejadas e pouco práticas para a administração pública. É necessário a construção de dispositivos capazes de provocar respostas institucionais e fortalecimento do diálogo. É preciso combater o monólogo majoritário, permitindo a construção de decisões conjuntas. Segundo Clève e Lorenzetto (2015), a estruturação do sistema de poder deve ser capaz de superar a tomada de decisão baseada no monólogo, contagiando o discurso político pelo discurso jurídico. No mesmo sentido, Silva (2012), entende que o poder estatal é uno e suas funções ou atribuições é que são divididas em legislar, administrar e julgar.

O reconhecimento e preservação do núcleo essencial da separação dos poderes visa preservar a sociedade do autoritarismo e concentração do poder para resguardar as liberdades individuais. No Estado Social é acrescentado a efetivação dos direitos fundamentais como agente dinâmico de transformação e realização da justiça. A prevalência dos direitos humanos, exige a atuação de um Judiciário capaz de subordinar os demais poderes à Jurisdição Constitucional e seus fundamentos (SILVA, 2012).

[...] 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, teceremos considerações quanto ao fenômeno designado por ativismo jurídico, argumento utilizado na tentativa de impedir ou desqualificar a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas.

A literatura menciona múltipla definição 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, adotaremos o ativismo judicial como mau comportamento e exercício impróprio da jurisdição. Assim, designaremos como pró-ativismo ou protagonismo, a atitude positiva e necessária do Judiciário na construção e efetivação do Direito e da Justiça Social.

O limite entre o ativismo e o protagonismo judicial separa a invasão de competência e usurpação de poder, daquele comportamento onde 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.”

O pró-ativismo ou protagonismo identificado por Coelho (2015), defende a saudável criação judicial do Direito, onde 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.

Segundo Costa (2013), tratando-se de interesse público, o Judiciário pode decidir *ultra petita*, ou seja, decidir além do que foi pedido. Construindo uma decisão conjunta, com a participação dos atores primários, responsáveis pela elaboração da política pública, e os agentes interessados, na proposição e construção da melhor solução a ser adotada. 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.

Visando combater 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.

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).”

4. Mínimo Existencial e Reserva do Possível Como Ferramentas Jurídicas Para o Manejo Orçamentário

As ferramentas jurídicas capazes de habilitar o Judiciário à intervir no orçamento público e superação dos argumentos contrários à intervenção são o mínimo existencial e a reserva do possível. Esses instrumentos jurídicos estabelecem parâmetros para atuação e constrição da intervenção judicial, pautada por critérios mensuráveis e ponderáveis. Ambos os conceitos surgiram no direito alemão e desenvolveram-se diferentemente conforme a realidade econômica dos países em que foram empregados.

O que tornou-se conhecido como mínimo existencial teve surgimento na Alemanha e se desenvolveu-se 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 (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, nesse sentido, pode-se superar ou afastar uma regra à fim de garantir o mínimo existencial em um caso concreto. A utilização do mínimo existencial exige elevado ônus argumentativo e demonstração de excepcionalidade. Correlaciona o direito almejado, com a escassez de recursos e aquilo de que a sociedade é capaz de dispor. Para aplicação do mínimo existencial ao caso concreto é necessário 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, os direitos que vão além do mínimo existencial, estão submetido aos princípios materiais e formais da Democracia, da divisão dos poderes, das escolhas orçamentárias e do jogo democrático (MAURICIO JUNIOR, 2009). Isso não significa que as prestações ligadas ao mínimo existencial estejam integralmente subordinadas as 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.

Mauricio Junior (2009), entende que para a fundamentalidade dos direitos, 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 e que a inexistência dos recursos públicos necessários para efetivação dos direitos sociais não justifica a inexistência desses direitos. A perspectiva de uma existência digna vai além da simples sobrevivência física.

O mínimo existencial atua de forma a exercer a máxima proteção aos direitos sob sua influência. Neste sentido, a concepção do mínimo existencial, não contraria o desenvolvimento e aplicação dos direitos sociais. No âmbito do mínimo existencial, os direitos prestacionais, transfiguram-se em direitos fundamentais e aproximam-se do núcleo essencial da dignidade humana. 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.”

O entendimento de mínimo existencial, deve permitir a utilização desse instrumento para efetivação dos direitos fundamentais e superação das objeções quanto à discricionariedade

administrativa e separação dos poderes. Os direitos sociais que extrapolem a concepção de mínimo existencial, são considerados de satisfação progressiva. Esses direitos são garantidos pelo ordenamento jurídico e sistema de proteção dos direitos fundamentais, somente até o ponto em que não prejudique o equilíbrio fiscal e funcionamento do Estado (MAURICIO JUNIOR, 2009).

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.”

Analisando o caso conhecido como *numerus clausus*, o Tribunal Constitucional da Alemanha, na década de 60 do século passado, promulgou sua decisão fundamentada sobre a razoabilidade daquilo que o cidadão pode exigir da sociedade. O que ficou conhecido como reserva do possível, 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. Sendo que a dimensão *custo* não pode ser fator ou argumento impeditivo de realização, aplicação e efetividade dos direitos fundamentais (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) diz 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. O instituto jurídico da reserva do possível implica em disponibilidade dos recursos, disponibilidade jurídica e proporcionalidade/razoabilidade do pedido.

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. O estabelecimento da reserva do possível 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 e disponibilidade 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 esse instituto, nem mesmo a saúde pode ser considerado 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.

A reserva do possível, nos países em desenvolvimento, diferentemente do que ocorre nos países desenvolvidos, passou a funcionar no sentido de exigir a formação/disponibilização dos recursos necessários dentro do cronograma orçamentário. Neste sentido, a reserva do possível não pode ser utilizada para restringir direitos fundamentais (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). Costa (2013), entende que a reserva do possível funciona como instrumento jurídico para o contingenciamento de verbas. Para Silva (2012, p. 54), 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 (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). A insuficiência de recursos deve ser expressamente comprovada pela administração e uma vez comprovada, o problema passa a ser sobre as prioridades de alocação (MAURICIO JUNIOR, 2009). 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 o cumprimento 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 e proteção dos direitos fundamentais (SARLET, FIGUEIREDO, 2008). Utilizando-se corretamente do expediente da reserva do possível, o Judiciário estará apto à intervir no orçamento público, consagrando o princípio da eficácia dos direitos fundamentais estabelecido 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 macro justiça.

5. CONCLUSÕES

Finalizando a análise sobre a possibilidade de intervenção do controle judicial nas políticas públicas, seus limites e possibilidades, vislumbramos que a decisão judicial deve equalizar princípios do Direito, com os parâmetros e princípios inerentes à ciência das Políticas Públicas e Administração. 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*.

A garantia e proteção dos direitos fundamentais, nos moldes do ordenamento pátrio e do *corpus iuris* internacional de proteção dos direitos humanos, tocam os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, tornando-os mais fortes. Direitos humanos ou fundamentais, submetidos ao regime do mínimo existencial, possuem prioridade sobre o desenvolvimento de outros direitos individuais ou coletivos. Da mesma forma, a reserva do possível não pode ser utilizada para negar, suprimir ou limitar direitos, muito pelo contrário, exigindo-se a constituição dos recursos e meios necessários à realização progressiva dos direitos humanos e municiando o judiciários dos meios necessários à construção e proteção do modelo constitucional de Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: *Direitos fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. Almedina, São Paulo/SP, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro/RJ, FGV, v. 245, 2007, p. 87-95.

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.

FARIA JÚNIOR, Heleno Veloso. Reserva do possível e restrições aos direitos fundamentais: suas limitações. In: *Judicialização das Políticas Públicas: Políticas Públicas em busca da efetivação dos Direitos fundamentais*. Belo Horizonte/MG, D'plácido, Vol. 2, 2017, p. 47-65.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte/MG, ano 10, n. 35, jul/dez 2016, p. 313-343.

HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, vol. 1, 1994.

LIMA, Flávia Santiago. Jurisdição constitucional e política: *Ativismo e autocontenção no STF*. Juruá, Curitiba/PR, 2014.

MARTINS, Thiago Penido. Direitos fundamentais: um novo olhar, uma nova perspectiva. In: *Anais do XIX encontro do CONPEDI*. Fortaleza/CE, junho de 2010. P. 6934-6958.

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

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.

SOARES, Alessandro. A democracia direta e a proteção dos direitos das minorias: considerações sobre a tese da tirania da maioria. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. V. 13, n. 1, 2018, p. 265-294.

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