

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III**

**DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA**

**SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI**

**SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO**

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 Napolini - 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dirceu Pereira Siqueira; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-312-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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 III**

---

#### **Apresentação**

#### **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III**

Em mais essa edição do Grupo de Trabalhos de Direitos Sociais e Políticas Públicas no II Encontro Virtual do CONPEDI o tema da Pandemia foi o que recebeu mais destaque. Assim, os artigos foram separados em dois Blocos, o Bloco dos artigos relacionados à Pandemia e o Bloco de artigos sobre outras Políticas Públicas.

#### **Bloco sobre a Pandemia**

No artigo **A CAIXA DE PANDORA FOI ABERTA!": UMA ANÁLISE DA TRANSPANDEMIA COVID-19 NO BRASIL EM MEIO AO CONTEXTO DO DIREITO À SAÚDE COMO BEM COMUM DA HUMANIDADE**, Janaína Machado Sturza , Gabrielle Scola Dutra e Charlise Paula Colet Gimenez analisa a Transpandemia COVID-19 no Brasil frente ao contexto do direito à saúde como bem comum da humanidade, utilizando-se de conceitos da Metateoria do Direito Fraterno.

No artigo **PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE DEVEM SER ADOTADAS NO PERÍODO DA COVID-19 PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRATICADA CONTRA A MULHER**, Caroline Fockink Ritt e Luíse Pereira Herzog, analisam o crescimento de ocorrências de violência doméstica e familiar durante o isolamento social devido à pandemia do novo Coronavírus.

No artigo **A SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO: O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O ENFRENTAMENTO A JUDICIALIZAÇÃO DIANTE DO COLAPSO GERADO PELO COVID-19**, Janaína Machado Sturza , Tânia Regina Silva Reckziegel e Rosane Teresinha Porto, identificam a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na judicialização da saúde e como este vem enfrentando os colapsos gerados a partir da chegada do coronavírus (Covid-19).

No artigo **O PACTO PERVERSO: CONTEXTO PANDÊMICO NAS PRISÕES BRASILEIRAS 2020-2021**, Carlos Roberto Oliveira e Antonio Sergio De Freitas Junior, analisam as políticas públicas referentes à epidemia de COVID-19, através do estudo da situação sanitária das prisões brasileiras, no período de 2020-2021.

No artigo ESCOLA COMO LOCAL DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19, Marina Nogueira de Almeida e Francesca Carminatti Pissaia, buscam compreender a escola como espaço de proteção de crianças contra a violência.

No artigo COVID-19 E OS DESAFIOS DO SERVIÇO DE SAÚDE DEMOCRÁTICO NO CÁRCERE, Aline Albieri Francisco , Ilton Garcia Da Costa e Vladimir Brega Filho, analisam as condições do serviço de saúde no cárcere e a necessidade de um serviço público democrático, utilizando o método dedutivo, com a análise de dados e revisão bibliográfica.

No artigo A ANTINOMIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DOS ENTES FEDERADOS NO CONTROLE PANDÊMICO, Alder Thiago Bastos e Paulo Antonio Rufino De Andrade, busca pela pesquisa exploratória, através de metodologia dedutiva demonstrar que o isolamento compulsório determinado pelo Estado-membro não impõe uma afronta ao direito fundamental da liberdade religiosa quando este é afrontado com o direito à vida, à saúde coletiva e ao meio ambiente.

O artigo ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 770 E OS REFLEXOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 de Augusto Pellatieri Belluzzo Gonçalves e Luisa Astarita Sangoi, tem por escopo analisar a decisão proferida na ADPF 770, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de os Estados, os municípios e o Distrito Federal importarem e distribuírem vacinas para a prevenção do COVID-19. Objetiva-se analisar a linha de posicionamento adotada relativa ao direito à saúde, bem como as possíveis repercussões futuras da decisão.

Bloco sobre outras Políticas Públicas

No artigo UMA ANÁLISE SOBRE OS MODELOS DE DEFICIÊNCIA E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, Raimundo Wilson Gama Raiol , Evandro Luan de Mattos Alencar e Evander Dayan de Mattos Alencar tratam sobre os modelos de deficiência e a sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

No artigo OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PRESTACIONAIS E CUSTOSOS: DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO ATRAVÉS DO PLANEJAMENTO PÚBLICO, Jander Rocha da Silva, propõe uma análise dos Direitos Sociais com base na obra de Gerardo Pisarello e sua reflexão dos Direitos Sociais como direitos prestacionais e custosos para o Ente Público.

No artigo **POLÍTICAS PÚBLICAS, PROMOÇÃO À SAÚDE: UM ESTUDO COMPARADO BRASIL, INGLATERRA E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**, Camila Cristina De Oliveira Dumas , Gustavo Noronha de Avila e Thais Aline Mazetto Corazza, analisam a relação do fomento de políticas públicas de promoção à saúde com o índice de criminalidade, comparando dados oficiais de países com sistemas de saúde e índices de violência diversos, como Brasil, Inglaterra e Estados Unidos.

No artigo **SEGURANÇA HUMANA E SAÚDE DOS (AS) JOVENS NOS CONTEXTOS EDUCATIVO E LABORAL: A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**, Sandra Liana Sabo de Oliveira, faz uma análise da situação dos (as) jovens, nos contextos educativo e laboral, particularmente em tempos de pandemia da COVID 19, sob o prisma da segurança humana e de sua dimensão da saúde.

No artigo **PODERES ESTATAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**, Adriana Timoteo Dos Santos, analisa as funções desempenhadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no âmbito das políticas públicas.

No artigo **O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE E A ASCENSÃO DO DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO**, Rafaela Almeida Noble e Luiz Fernando Bellinetti, através de uma pesquisa qualitativa de método dedutivo, analisam a evolução do conceito de autonomia da vontade e a ascensão do direito de autodeterminação.

No artigo **ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O “CASO RESERVA RAPOSA SERRA DO SOL” E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**, Antonio Celso Baeta Minhoto e Nilson Tadeu Reis Campos Silva, estudam o ativismo judicial, especialmente os das mais altas cortes em seus países. Como referência analítica, a pesquisa examina o caso da Reserva Raposa Serra do Sol, demarcada em julgamento do STF.

No artigo **O DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO E EXPANSÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO DIREITO SOCIAL BASILAR PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO**, Rachel Vecchi Bonotti e Marcelo Benacchio, realizam a análise do direito à educação como um direito social basilar para o desenvolvimento humano.

No artigo **O CUSTO DOS DIREITOS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO**, Andrea Bezerra e Andre Studart Leitao, abordam os aspectos dos custos para efetivação dos direitos

fundamentais, bem como sobre a forma como o poder público, por meio da cláusula da reserva do possível, definirá quais direitos vai custear com o orçamento que possui, dentro do que entender razoável.

No artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE A PARTIR DE MUDANÇAS NO FUNCIONAMENTO DA ESTRATÉGIA SAÚDE DA FAMÍLIA, David de Medeiros Leite , Lúcia Helena Jales Correia Lima de Queiroz e Patrício Ferreira da Silva, aborda sobre a criação do Sistema único de Saúde (SUS) como meio de propiciar o direito fundamental à saúde.

No artigo ENSAIO SOBRE A RENDA BÁSICA UNIVERSAL: HISTÓRICOS E PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO, Noelle Costa Vidal , Andre Studart Leitao e Pedro Alexandre Menezes Barbosa, buscam retomar as discussões relativas à renda básica universal e aos desafios orçamentários, políticos e sociais decorrentes de sua aplicação.

No artigo EDUCAÇÃO COMO DIREITO, NORMA E VALOR: OS REFLEXOS DA QUALIDADE EDUCACIONAL NA VIOLÊNCIA, Paulo V A Ferreira, apresenta a educação como um direito fundamental, sua previsão no ordenamento e sua capacidade de gerar bons valores nas pessoas, refletindo diretamente nos índices de violência.

No artigo A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA DISCRICIONARIEDADE PÚBLICA COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, analisam os aspectos da intervenção judicial em decisões tomadas pela Administração pública sob o pressuposto de concretização dos direitos fundamentais sociais.

No artigo NOVAS PROPOSIÇÕES TEÓRICAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE A PARTIR DA EDUCAÇÃO RURAL INCLUSIVA, Fabrício Veiga Costa e Frederico Kern Ferreira Barros analisam o paradoxo existente entre os investimentos econômicos e sociais no campo, especificamente da educação rural, tendo como parâmetro a discrepância existente entre a qualidade da educação rural em comparação à urbana no Brasil, segundo dados oficiais levantados.

O artigo O DIREITO DE ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS DIVERSAS ESPÉCIES DE BARREIRAS de Bernardo Brito de Moraes, tem como objetivo explicitar como as disposições sobre acessibilidade estão dispostas pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como demonstrar quais são as diversas espécies de barreiras que devem ser enfrentadas pelas pessoas com deficiência.

No artigo CONFLITOS, COOPERAÇÃO E MEDIAÇÃO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA COMISSÃO ESTADUAL DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA NO CAMPO E NA CIDADE (COECV) COMO POLÍTICA DE MEDIAÇÃO DE LITÍGIOS POSSESSÓRIOS, Daniela Ferreira Dos Reis , Vitor Hugo Souza Moraes e Arnaldo Vieira Sousa, analisam a política de mediação de conflitos possessórios a partir dos trabalhos desenvolvidos pela COECV, no Maranhão.

No artigo DIREITOS SOCIAIS E PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ANÁLISE DA (IN) VISIBILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA, Tatiane Campelo Da Silva Palhares, objetiva refletir sobre a condição de pessoas em situação de rua a partir do mínimo existencial para o alcance dos direitos sociais.

No artigo DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: QUAL O CONCEITO DE SAÚDE QUE O BRASIL TUTELA? Camila Cristina De Oliveira Dumas , Gustavo Noronha de Avila e Thais Aline Mazetto Corazza, objetivam verificar qual o conceito de saúde tutelado pelo Brasil, dentre os modelos existentes, tendo como marco teórico sua previsão constitucional e a Lei n. 8.080/1990.

No artigo A LEI Nº 13.467/2017 NO ESCOPO DO SISTEMA PLURINORMATIVO LABORAL: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA A APLICAÇÃO DE UMA NORMA JURÍDICA, Jaime Waine Rodrigues Mangueira e Jailton Macena De Araújo estudam como o art. 611-A, inserido na CLT pela Lei nº 13.467 /2017, exacerba a prevalência do negociado sobre o legislado, ao permitir a negociação in pejus, contrariando o Princípio da Proteção.

O artigo A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES DE AMARTYA SEN E AS CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE SOBRE CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO de Raimundo Wilson Gama Raiol , Evandro Luan de Mattos Alencar e Evander Dayan de Mattos Alencar trata sobre o sistema de capacidade civil no direito brasileiro e a questão da autonomia e liberdade de escolha das pessoas com deficiência.

Desejamos a todos que aproveitem os artigos sobre temas tão relevantes para as questões estruturais do nosso país.

Os Coordenadores:

Dirceu Pereira Siqueira

Universidade Cesumar, Maringá, PR

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

UNIVEM - Marília e FMU-SP

Saulo De Oliveira Pinto Coelho

Universidade Federal de Goiás



**O CUSTO DOS DIREITOS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.**

**THE COST OF RIGHTS, THE RESERVE OF THE POSSIBLE AND THE NEED TO REFORMULATE THE INTERFERENCE OF THE JUDICIAL POWER.**

**Andrea Bezerra  
Andre Studart Leitao**

**Resumo**

O trabalho em questão visa a abordar os aspectos dos custos para efetivação dos direitos fundamentais, bem como sobre a forma como o poder público, por meio da cláusula da reserva do possível, definirá quais direitos vai custear com o orçamento que possui, dentro do que entender razoável. Discute-se a atuação do Poder Judiciário diante da ausência de implementação de direitos por parte do Estado, por meio de ponderação entre os direitos e as limitações orçamentárias, um instrumento fundamental de cidadania, e que as demandas estruturais podem ser consideradas um mecanismo de controle judicial de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Custo do direito, Princípio da reserva do possível, Judicialização. demandas estruturais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The work in question aims to address the aspects of costs for the realization of fundamental rights, as well as the way in which the public power, through the reserve of the possible clause, will define which rights it will cover with the budget it has, within what understand reasonable. The role of the Judiciary is discussed in the face of the lack of implementation of rights by the State, through a balance between budgetary rights and limitations, characterizes a fundamental instrument of citizenship, and that structural demands can be considered an mechanism for the judicial control of public policies.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Cost of law, Principle of the possible reserve, Judicialization, Structural demands

## INTRODUÇÃO

Questão de grande relevo, no plano do direito constitucional com reflexos em outros ramos, inclusive no Processual, diz respeito à atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos fundamentais, notadamente no que tange às políticas públicas destinadas a dar-lhes efetividade.

Sabe-se que, com o reconhecimento da positividade, ou da força normativa, de disposições constitucionais, antes vistas como “meramente programáticas”, o Poder Judiciário foi colocado em uma posição de proeminência ou protagonismo diante dos demais Poderes. Travaram-se, como consequência, discussões referentes a possíveis distorções geradas pela atuação pontual deste poder na efetivação de direitos sociais a demandantes individuais. Vive-se, então, nesse contexto, um dilema. Por um lado, não mais se admitir a complacência diante da violação, por omissões estatais, a direitos fundamentais, e, de outro, de exigir-se que a efetivação desses direitos seja realizada de maneira democrática, igualitária, respeitando as escolhas democráticas da sociedade.

Neste artigo, pretende-se examinar essa questão, partindo de pesquisa bibliográfica e seguindo metodologia hipotético-dedutiva. Propõe-se perquirir até que ponto as chamadas “demandas estruturais” não podem ser uma solução para o paradoxo indicado, permitindo ao Judiciário o controle da atuação dos demais poderes, sem, contudo, levar a distorções contrárias à democracia e à atuação dos demais poderes.

### 1. TODOS OS DIREITOS TÊM CUSTO

Os direitos custam dinheiro, visto no que, no mínimo, exigem-se pessoas e estruturas institucionais destinadas a garantir seu *enforcement*. Nessa ordem de ideias, muito se fala no exercício dos direitos, mas pouco se debate sobre o fato de que eles não podem ser efetivados nem criados sem verba pública e de como os Poderes Executivo e Legislativo destinam esse orçamento para a proteção desses direitos. Segundo Stephen Holmes e Cass Sunstein, “é verdade que o custo dos direitos pode ter um aspecto moral, pois uma teoria dos

direitos que jamais desça das alturas da moral para um mundo onde os recursos são escassos será dolorosamente incompleta, mesmo do ponto de vista moral”.<sup>1</sup>

No plano da abstração, todos têm direitos. A Constituição Federal, em seu art. 6.º, por exemplo, reconhece serem direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. No entanto, embora tidos como direitos fundamentais, sabe-se que a grande maioria dos brasileiros não faz uso de tais direitos, porquanto o cumprimento do que consta na Carta Magna pressupõe um gasto que nem sempre o administrador leva a efeito.

Porém, quanto mais eficaz e organizado um Estado for, mais ele conseguirá arcar com a efetividade dos custos dos direitos, ou seja, a política financeira está ligada diretamente ao desempenho estatal, mediante da arrecadação e destinação de tributos.

Um país saneado, com verba pública devidamente alocada por previsão legislativa, sem corrupção, com política pública planejada e órgãos estatais de vigilância, é fundamental para a viabilidade da concretização de direitos. No entanto, no Brasil, essa não é bem a realidade. Nas palavras de Hugo de Brito Machado<sup>2</sup>:

Infelizmente, na prática, o gasto público geralmente é objeto de péssima gestão, quase sempre desatenta à solidariedade social, verificando-se com enorme frequência o desperdício e a corrupção, de tal sorte que, por maior que seja a arrecadação, os recursos públicos são sempre insuficientes. E isto enfraquece a ideia de solidariedade como fundamento da cobrança do tributo, pois os contribuintes se sentem enganados pelos governantes ao perceberem que a solidariedade não passa de um pretexto para a cobrança do tributo. A rigor, portanto, até para que a solidariedade social possa funcionar como fundamento para a instituição e a cobrança do tributo, é importante que ela esteja presente no gasto público, que há de ser realizado com seriedade e tendo em vista sobretudo as necessidades dos mais pobres.

---

<sup>1</sup> SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos** (p. 14). WMF Martins Fontes. Edição do Kindle.

<sup>2</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Jus PODIVM/Malheiros. Ed. 41. Revista e atualizada, 2020.

Ademais, a concretização dos direitos fundamentais implica também a realização de despesa pública. Por isso não basta saber sobre a capacidade orçamentária do Estado, mas também como será destinado, quais direitos serão priorizados, quais possuem maior necessidade de serem executados.

Todos os gastos públicos estão previstos na legislação. Alguns têm previsão definida no orçamento, por vezes como imposição direta de normas constitucionais, ao passo que, em relação a outros, concede-se ao administrador público a capacidade discricionária de definir como aplicar a verba pública.

Cabível destacar que todo direito tem um custo, mas isso não se aplica apenas aos direitos sociais como moradia, saúde, aposentadoria. Direitos individuais, como o direito da liberdade e da propriedade, por exemplo, possuem também custos para o Estado, embora isso nem sempre seja lembrado. Diante disso, entende-se que:

Uma abordagem mais adequada dos direitos parte de uma premissa surpreendentemente simples: toda liberdade privada tem um custo público. Isso não vale somente para os direitos à aposentadoria, à assistência médica e a vales-alimentação, mas também para os direitos à propriedade privada, à liberdade de expressão, à imunidade em relação a abusos da polícia, à liberdade contratual, ao livre exercício da religião (...).<sup>3</sup>

No mesmo sentido, podemos entender que todo e qualquer direito depende de uma ação estatal. Sem um Estado efetivo, direitos como à propriedade privada e à liberdade de expressão poderão não ser garantidos. Assim:

“Nem o cidadão mais autossuficiente de uma sociedade consegue cuidar sozinho de seu bem-estar material (sem qualquer tipo de suporte estatal). Logo, as liberdades individuais exigem, a um só tempo, tolerância e desempenho estatal”.<sup>4</sup>

Ressalta-se que a distinção entre direitos positivos e negativos e de gerações de direitos resta superada<sup>5</sup>. Pela teoria das dimensões, os direitos de

---

<sup>3</sup> SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos** (p. 214). WMF Martins Fontes. Edição do Kindle.

<sup>4</sup> LEITÃO, André Studart. **O Direito e seus Custos** (Resumos acadêmicos Livro 1) (p. 19). Edição do Kindle.

<sup>5</sup> Daí ter-se difundido, não sem crítica, a tese das “gerações” de direitos, correspondentes às palavras do slogan revolucionário francês. “Aerações” que a Doutrina pelega atualmente substituir por “dimensões” - embora permaneça, em certo sentido, fútil essa discussão terminológica para afirmar, de todo modo, que os direitos foram ampliando seu alcance semântico e material,

primeira geração, também conhecidos por direitos de liberdade, civis e políticos eram direitos que em nada custavam para o Estado, por isso eram chamados de direitos negativos, porque não implicavam nenhuma ação do Poder Público. Enquanto os direitos de segunda geração, sociais e econômicos, seriam positivos, pois dependeriam de ação do Estado para serem implementados. Sobre o tema, pode-se afirmar que:

É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.<sup>6</sup>

Assim, diferentemente do que antes se entendia, o direito à propriedade demanda proteção do Estado, no momento em que, para exercer tal direito em sua plenitude, o indivíduo carece de segurança pública. Por outro lado, no caso da saúde, que é um direito classificado como de segunda geração, prestacional, há obrigações que não demandam qualquer custo do Estado, como normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho.<sup>7</sup>

Uma simples análise do [orçamento](#) estatal no Brasil comprova que os direitos ditos de primeira geração exigem tantos gastos públicos quanto os direitos ditos de segunda geração. Basta ver o que se gasta com o Poder Judiciário, com as polícias e corpos de bombeiros, com os presídios, com as [agências reguladoras](#) (ANATEL, ANP etc.), com o processo eleitoral, com os conselhos de proteção da concorrência (p.ex. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) etc. para perceber que os chamados direitos civis e políticos também são

---

conforme mais resposta tenha, se exija do e possa dar o Estado – tanto de conteúdo quanto de forma. Também se projeta apontar a plurifuncionalidade dos direitos, como tentativa teórica de superação não somente das terminologias, mas para focalizar no papel do Estado<sup>43</sup> sob o ponto de vista da resposta. (CARVALHO JÚNIOR, José Anselmo De. **O DIREITO E O CUSTO DOS DIREITOS**: análise das despesas do Estado brasileiro com ações e serviços públicos de saúde. NATAL/RN 2016. Disponível em [https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/24859/1/DireitoCustoDireitos\\_CarvalhoJunior\\_2\\_017.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/24859/1/DireitoCustoDireitos_CarvalhoJunior_2_017.pdf). Acessado em 01 de janeiro de 2021.)

<sup>6</sup> “ Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são, em princípio, as empresas privadas” LIMA, George Marmelstein, **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acessado em: 01 de janeiro de 2020.

<sup>7</sup> *Idem*

bastante onerosos, e nem por isso é negada a possibilidade de interferência judicial para proteger esses direitos.<sup>8</sup>

Resta claro que a classificação antes feita já tem seu uso superado, posto, como se percebe, há vários tipos de necessidades que carecem ser satisfeitas, e todas demandam do tesouro público, cada uma delas correspondendo a um custo e a uma atuação do Estado.

A visão segundo a qual direitos de primeira geração exigem apenas a abstenção do Estado, leva em conta que apenas este, o poder público, seria o violador de tais direitos, o que historicamente pode ser explicado pelo fato de a sua proteção constitucional ter surgido historicamente para resguardá-los de abusos dos governantes. Porém, é preciso ter em mente a possibilidade de terceiros serem os violadores, cabendo ao Estado também a sua tutela.

Dessa maneira, sob a perspectiva da atividade financeira do Estado, exige-se verba pública para executar as políticas públicas. O Estado precisa ter orçamento para efetivar seus objetivos e deveres.

O custo dos direitos inclui o custo da imposição de sanções àqueles que não cumprem o que os direitos exigem. Isso explica por que as sociedades onde os direitos são sistematicamente ignorados não são, de maneira alguma, redutos de responsabilidade moral. Os direitos são garantidos quando uma sociedade politicamente organizada pune, de maneira regular e previsível, aqueles que espezinham de modo ilegal os interesses mais importantes das outras pessoas. Inibir a conduta abusiva de quem ganha com a violação de direitos é impossível sem fazer uso do dinheiro público. Os remédios para violações de direitos ocorridas no passado e os desincentivos a que tais violações ocorram no futuro são custosos, pois sempre envolvem a imposição de responsabilidades.<sup>9</sup>

Assim, essa intervenção do Estado é imprescindível não só para definir a aplicação de custos, mas também para cumprir o art. 3º, inc. III, da CF/88, porquanto a execução de política pública e definição de prioridades da aplicação do tesouro público é mecanismo de atenuação das desigualdades sociais. Dentro dessa conjuntura, o princípio da reserva do possível surge como um limitador da efetivação desses direitos, posto que, mesmo possuindo recursos

---

<sup>8</sup> *Idem*

<sup>9</sup> SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos** (p. 148). WMF Martins Fontes. Edição do Kindle.

públicos, há a discricionariedade para analisar a razoabilidade da aplicação orçamentária para cada um dos pleitos sociais.

## **2. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO DE TODAS AS DEMANDAS E RESERVA DO POSSÍVEL**

Conforme salientado, não basta exclusivamente ter em mente a questão do custo dos direitos, devendo-se perquirir sobre como o orçamento público será destinado e quais direitos serão priorizados e como serão efetivados, diante da necessidade social e das possibilidades da Administração Pública. Ou seja, a reserva do possível tem ligação direta com o grau de efetividade de direitos por parte de um Estado, mediante a concretização de políticas públicas. Em outros termos, não basta que um direito esteja previsto abstratamente na Constituição, mas também que seja possível a concretização dele.

A cláusula da reserva do possível define que o Estado vai custear os direitos previstos em lei com o orçamento que possui, dentro do que for factível. No entanto, sabe-se que dificilmente o Poder Público vai possuir recursos para custear todos os direitos, impondo-se a escolha de quais direitos serão efetivados. Nesse sentido, a respeito da efetivação dos direitos, Luís Roberto Barroso afirma que:

a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.<sup>10</sup>

Não resta dúvida de que, para que os direitos fundamentais sejam efetivados, é imprescindível que o Poder Público, responsável pelos atos de administração do Estado, realize, por meio de políticas públicas, planejamento para o alcance da efetividade dos direitos. No entanto, a questão é como o Estado, dispondo dos recursos e com o poder discricionário de decidir como utilizá-los, definirá o que é razoável ou não de ser prestado à sociedade.

A respeito do tema, Leny Pereira Silva diz que o princípio da reserva do possível define a extensão da atuação estatal no que tange à concretização de

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.

alguns direitos sociais e fundamentais, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.<sup>11</sup>

No entanto, é por intermédio dessas políticas públicas que o Estado define a forma de gastar seu orçamento, e isso vai depender também da sociedade, diante das necessidades, fatores econômicos e políticos. Ou seja, a política pública depende da maturidade social e política da sociedade. Por isso, para entender a reserva do possível é preciso discutir, não somente o custo do direito, mas também as políticas públicas tidas como de efetivação razoável. Nesse contexto:

La política y las políticas públicas son entidades diferentes, pero que se influyen de manera recíproca. Ambas se buscan en la opacidad del sistema político. Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos.<sup>12</sup>

Assim, as políticas públicas podem ser compreendidas como:

“(...) um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica<sup>13</sup> – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas(...).<sup>13</sup>

Nessa ordem de ideias, é na atividade política que se desenham os traços das políticas públicas, os direitos que são implementados, e a alocação do orçamento. No entanto, essas escolhas, com base na conveniência e

---

<sup>11</sup> SILVA, Leny Pereira. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)> Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

<sup>12</sup> PARADA, Eugenio Lahera. **POLÍTICA Y POLÍTICAS PÚBLICAS**. In: SARAVIDA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). Políticas públicas. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 24-25. Disponível em [https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425\\_coletanea\\_pp\\_v1.pdf](https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425_coletanea_pp_v1.pdf). Acessado em 02 de janeiro de 2021.

<sup>13</sup> SARAVIDA, Enrique. **Introdução à teoria da política pública**. In: SARAVIDA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). Políticas públicas. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 24-25. Disponível em [https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425\\_coletanea\\_pp\\_v1.pdf](https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425_coletanea_pp_v1.pdf). Acessado em 02 de janeiro de 2021.



oportunidade<sup>14</sup>, buscam a efetivação do que é necessário para atendimento dos pleitos sociais. Sabe-se, contudo, que a Constituição Federal define os objetivos fundamentais que devem ser executados através de políticas públicas. E, diante do descumprimento de preceitos extraídos da própria Carta Magna e de outras normas, a interferência do Poder Judiciário ganha espaço para intervir e controlar a efetivação de políticas públicas.<sup>15</sup>

Assim, embora essa crise entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário não seja algo novo, é recente, e vem ganhando espaço, a discussão sobre a relação da judicialização com as políticas públicas e a interferência do Poder Judiciário na agenda governamental.

### 3. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ATÉ QUE PONTO PODE O PODER JUDICIÁRIO INTERVIR?

O conflito entre a separação dos poderes já emana de séculos, porém, hodiernamente, muito se tem debatido sobre a atuação do Poder Judiciário diante da execução de ações de competência do Poder Executivo.

O termo judicialização é creditado a uma tese central de coletânea, organizada por Tate e Vallinder (1995), chamada de *Judicialization*. Nela, os autores definem judicialização como:<sup>16</sup>

“1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-

---

<sup>14</sup> “No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador. Aliás, essa questão da “plena discricionariedade do administrador” tem sido frequentemente invocada para impedir a implementação de direitos sociais.”. LIMA, George Marmelstein, **EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**. 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

<sup>15</sup> BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. **Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas**. Rev. Adm. Pública. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

<sup>16</sup> ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil**. Disponível: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/185/ril\\_v47\\_n185\\_p7.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/185/ril_v47_n185_p7.pdf). Acessado em 02 de janeiro de 2021.

making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures".<sup>17</sup>

No Brasil, o ponto de partida se deu em 1999, mediante do trabalho coordenado por Luiz Werneck Vianna<sup>18</sup> publicado com o título "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil". A obra aponta a importância do papel do Poder Judiciário na democracia.

Tal presença [do direito na política e nas relações sociais] denota, mais precisamente, um movimento propiciador da criação da república, onde ela, de fato, inexistia, e da construção de uma agenda cívica, favorecendo-se, como na institucionalização dos Juizados Especiais, a tradução em direitos dos interesses e das expectativas dos que não conheciam qualquer arena pública para deliberar e apresentar suas razões. O judiciário nessa circunstância particular, (...), pode-se apresentar, à falta de outro, como um espaço republicano para o homem comum brasileiro, ainda sujeito ao estatuto da dependência pessoal. (Vianna et al., 1999:258).<sup>19</sup>

Com a Constituição da República de 1988 e o rompimento com o governo militar, o Estado Democrático de Direito ganhou destaque e junto com ele a ênfase para a concretização dos direitos fundamentais trazidos em seu texto, dentre os quais o acesso igualitário à justiça. Naturalmente, embora, ainda vinculada a um Estado paternalista, uma sociedade, em parte, mais consciente dos seus direitos. Desta maneira:

Com estes fundamentos e outros ideais, como a igualdade entre todos os cidadãos e a facilitação de acesso à Justiça, concebidos como

---

<sup>17</sup> 1. o processo pelo qual tribunais e juízes vêm fazer ou cada vez mais dominar a confecção de políticas públicas que haviam sido feitas anteriormente (ou, acredita-se amplamente, devem ser feitas) por outros órgãos governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual os fóruns de negociação e tomada de decisão não-judiciais passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas)" (tradução google).

<sup>18</sup> [...] resultado de uma pesquisa iniciada em março de 1998 sobre o Poder Judiciário em suas relações com a política e a sociabilidade do País. Diante das importantes mutações ocorridas na organização e no funcionamento das instituições contemporâneas, o Poder Judiciário, antes periférico na práxis republicana, tem assumido novos papéis e repensado as suas estratégias. VIANNA, Luiz W. VIANNA, Luiz W. et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. *apud* BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. **Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas**. Rev. Adm. Pública. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

<sup>19</sup> VIANNA, Luiz W. VIANNA, Luiz W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. *apud* BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. **Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas**. Rev. Adm. Pública. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

direitos humanos fundamentais (art. 5º), a Carta política brasileira recebeu o epíteto de Constituição Cidadã. Todos estes direitos - alguns ainda não regulamentados - foram, paulatinamente, modificando o pensamento, tanto da população quanto do Poder Judiciário, que passou a considerar a desigualdade extrema de nossa sociedade em suas decisões.<sup>20</sup>

Além disso, a superação pelo Poder Judiciário da tese de que um poder não poderia interferir no outro, violando o princípio da separação dos poderes, leva à compreensão de que tal princípio não poderia ser subterfúgio para que o Estado deixasse de cumprir seus deveres sociais. Soma-se a isso o fortalecimento da Defensoria Pública como instituição, contribuindo com o acesso à Justiça da população mais carente, contribuindo para o aumento da judicialização.

Embora seja inegável esse espaço que o cidadão adquiriu para pleitear seus direitos, o processo da judicialização é alvo também de muitas críticas, dentre elas a substituição da vontade do administrador público, eleito democraticamente, pela vontade do Poder Judiciário.<sup>21</sup>

Outro aspecto potencialmente negativo da judicialização é que, mesmo com a abertura democrática, boa parte da população não tem informação suficiente para buscar o Poder Judiciário. Ou seja, mesmo com acesso ampliado à tutela jurisdicional, no plano da abstração do texto normativo, a atuação do Judiciário não necessariamente conduz à redução de desigualdades<sup>22</sup>. Assim,

---

<sup>20</sup> MOURA, Marcelo de Souza. **Judicialização das relações sociais no Brasil do século XXI: aspectos práticos da democratização do acesso à Justiça e ao Direito**. Disponível em <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/41/31/>. Visualizado em 03 de janeiro de 2021.

<sup>21</sup> Com isso, o Estado-juiz substituiu a administração pública, a gestão pública em todas as quatro primeiras fases do processo de políticas públicas, devolvendo ao Poder Executivo apenas para implementar (“cumpra-se”) a decisão por ele proferida. BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. **Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas**. Rev. Adm. Pública. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

<sup>22</sup> É exatamente nesse contexto que a crítica da desigualdade social toma corpo dentro da judicialização das políticas públicas. Se a judicialização demanda certos conhecimentos dessa via, desse instrumento, e o acesso a esses conhecimentos é desigual, chega-se à conclusão de que o acesso ao Poder Judiciário não é igualitário, aprofundando ainda mais a desigualdade social das políticas públicas. BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. **Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas**. Rev. Adm. Pública. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

mesmo com a atuação da Defensoria, parte da população ainda fica à margem da Justiça.

Todavia, **a grande crítica da interferência do Poder Judiciário** na implementação das políticas públicas está ligado aos custos, ao orçamento e conseqüentemente, ao princípio da reserva do possível.

Partindo-se da premissa de que o planejamento orçamentário e financeiro é realizado de forma responsável, com a eleição de prioridades que sejam capazes de atender à comunidade em geral, e sendo certo, ainda, que essas prioridades estejam relacionadas com tais direitos sociais e/ou fundamentais, a reserva do possível deve ser o balizamento para a atuação do Poder Judiciário, sob pena de restarem caracterizadas a invasão de competência e a intervenção na forma de substituição do Poder Executivo na definição do que seja oportuno e conveniente ou, em outras palavras, do mérito administrativo propriamente dito.<sup>23</sup>

A ausência de recursos públicos, a racionalização ou mesmo alocação dos gastos em outras demandas são gatilhos para a judicialização. No entanto, o juiz, sem informações amplas, transparentes e objetivas, e desconhecedor do programa de orçamento de forma global, com as necessidades e os planejamentos do Estado, acabam por alterar a destinação de valores para atendimentos em demandas individuais, aprofundando as desigualdades sociais.<sup>24</sup>

A escassez de recursos exige que o magistrado tenha uma preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto poderá prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso

---

<sup>23</sup> *Idem*

<sup>24</sup> A despeito de os custos políticos de estabelecer quais vidas devem ser salvas sejam muito grandes, a discussão precisa ser realizada, pois a total ausência de critérios tem o potencial de trazer resultados muito mais desastrosos, que podem ferir a isonomia consagrada constitucionalmente e dar ensejo à discriminação e a privilégios injustificáveis, além de diminuir a eficácia dos recursos disponíveis. LIMA, George Marmelstein. **MOROZOWSKI, Ana Carolina. Que Vidas Salvar? Escassez de Leitos de UTI, Critérios Objetivos de Triagem e a Pandemia do COVID-19.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/criterios-alocacao-leitos-situacao-escassez>. Acessado em 04 de janeiro de 2020.

cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público.<sup>25</sup>

No entanto, não se pode esquecer do fato de que a judicialização de direitos sociais também tem origem na falha de sua implementação por parte do Poder Público. Assim, o Poder Judiciário, fazendo uso da reserva do possível, não deixa de ser um instrumento de cidadania. Ao mesmo tempo, a judicialização pode ser usada pelo Estado como um instrumento de localização de falhas sistêmicas.

Nesse contexto, o princípio da separação dos poderes, o processo judicial, o orçamento e as normas de direito administrativo e financeiro por não serem realidades imutáveis, sujeitos a um processo de aprimoramento por tentativa e erro, podem e devem ser ajustadas às novas realidades. É nesse contexto que se debate novas ferramentas de atuação do Judiciário, mais adequadas à natureza global e multidimensional do controle da legalidade, da constitucionalidade e mesmo da legitimidade das políticas públicas de implementação de direitos sociais, bem como de controle da execução orçamentária.

#### **4. DEMANDAS ESTRUTURAIS COMO UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL.**

O art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que o Estado “promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e, logo em seguida, no §3º, que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> LIMA, George Marmelstein, **EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**. 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Percebe-se que o CPC busca romper a estrutura de excesso de litígios no intuito de buscar meios que incentivem a autocomposição. Nessa conjuntura, o art. 6º do CPC estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

No entanto, o incentivo à conciliação é enfatizado ao longo de todo o texto processual, incumbindo ao juiz o papel de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 139, inc. V), incluindo, por meio do art.165, os tribunais nesse papel: “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.” Dessa forma, percebe-se que o legislador criou todo um cenário normativo para incentivar a conciliação das demandas e a redução dos litígios.

Todavia, a mera aplicação desses artigos não resolve o problema da falta de efetividade dos direitos e muitos menos do excesso de judicialização. Continuar-se-á demandando individualmente, mesmo com a possibilidade de composição. Ou seja, os problemas permanecem, e o excesso de litígio, também.

Conforme mencionado, independente do custo do Direito e da ausência ou não de orçamento, a judicialização não deixa também de ser fruto de falhas estruturais do próprio sistema. Assim, embora seja indiscutível que o Estado não possui capacidade orçamentária de custear todos os direitos, não haveria se o Estado disponibilizasse ao cidadão todos os direitos dispostos na legislação.

Como forma de apresentar solução mais eficiente ao abarrotamento do Poder Judiciário e sair de uma visão micro (demandas individuais) para uma macro, surgem as demandas estruturais e litígios de alta complexidade, buscando formas de resolver na origem problemas que envolvem a ausência da efetividade direitos.

As demandas estruturais ganharam destaque na Colômbia, onde foram denominadas de “estado das coisas inconstitucional”, sendo incorporada à jurisprudência, para definir ações cujo objeto fosse a violação generalizada de direitos individuais advindos de falhas do Estado.<sup>27</sup>

No Brasil, o tema foi suscitado inicialmente nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que trata da situação do sistema prisional brasileiro. No entanto, há ainda pouco estudo, conhecimento e prática pela comunidade jurídica sobre o assunto. Apesar disso, já se podem ver casos frutos de demandas estruturais.

A base dessas demandas estruturais e de alta complexidade não é possibilitar que o Poder Judiciário encontre soluções para os problemas sociais. Trata-se de posicionar o Poder Judiciário como uma espécie de mediador de um diálogo interinstitucional entre as entidades, para que elas próprias, diante do problema, construam soluções.

Embora a Constituição defina que os direitos precisam ser efetivados, o Poder Judiciário possui muitas limitações na efetividade dos direitos. Destarte, intenta-se encontrar métodos que atenuem o processo da judicialização:

Nesse jaez, as chamadas decisões estruturais passam à discussão como um possível caminho para que a atividade jurisdicional possa desempenhar eficazmente seu escopo, seja este compreendido como a tutela de um direito subjetivo violado, a observância prática do direito objetivo ou, principalmente, a atribuição de significado e aplicação aos valores constitucionais, notadamente na área da saúde pública.<sup>28</sup>

Nas demandas estruturais, não se impõe ao Estado a solução imediata de um problema. Intenta-se envolver vários órgãos na discussão em busca de um plano que solucione de forma satisfatória a reiterada inércia pública num setor, com o objetivo de minimizar as demandas individuais e a judicialização e

---

<sup>27</sup> DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. *Revista Constituição E Garantia De Direitos*. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12258>. Acesso: 04 janeiro 2021.

<sup>28</sup> Chagas RR, Ferreira AP, Nicolitt AL, Oliveira MHB. **Decisões estruturais em demandas judiciais por medicamentos**. Repositório Institucional da Fiocruz. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34979>. Acessado em 04 de janeiro de 2021.

superar graves violações aos direitos fundamentais. Soluciona-se, ainda, o grave problema das distorções geradas pela atuação pontual e individual da tutela jurisdicional, que corrige violações específicas sem considerar a totalidade do problema, o que, não raro, leva até mesmo ao seu agravamento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais possui muitos vieses, e este artigo teve como objetivo refletir sobre os elementos que estão envolvidos nesse sistema. Desde a previsão legislativa até as falhas na efetividade da implementação de direitos fundamentais.

O fato de haver a previsão não significa que o Estado possua orçamento suficiente para arcar com os custos de todos os direitos. Não há como todos serem efetivados. Por isso o Poder Público faz uso, através do princípio da reserva do possível, de programação e planejamentos de onde aplicar o orçamento diante das necessidades sociais.

Porém, o aumento da judicialização de direitos não significa necessariamente que as instituições estão falhando, mas que talvez o aparato público não esteja sendo suficiente para o que almeja a previsão constitucional, no que tange à proteção aos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário sendo visto como veículo de suprimento desses espaços, precisa reconhecer suas limitações, diante de informações necessárias para a tomada de decisões razoáveis e que não interfira na programação do Estado, de forma, inclusive, a aumentar a desigualdade social.

Diante de todo esse quadro, as demandas estruturais e litígios de alta complexidade surgem como uma alternativa da efetividade das políticas públicas, por meio do diálogo entre órgãos e entidades do governo, como forma de solucionar o problema de forma macro e eficaz.

## **REFERÊNCIAS**



BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. **Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas.** Rev. Adm. Pública. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 2.ed. Rio de Janeiro Renovar, 1993.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

CARVALHO JÚNIOR, José Anselmo De. **O DIREITO E O CUSTO DOS DIREITOS: análise das despesas do Estado brasileiro com ações e serviços públicos de saúde.** NATAL/RN 2016. Disponível em [https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/24859/1/DireitoCustoDireitos\\_CarvalhoJunior\\_2017.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/24859/1/DireitoCustoDireitos_CarvalhoJunior_2017.pdf). Acessado em 01 de janeiro de 2021.)

Chagas RR, Ferreira AP, Nicolitt AL, Oliveira MHB. **Decisões estruturais em demandas judiciais por medicamentos.** Repositório Institucional da Fiocruz. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34979>. Acessado em 04 de janeiro de 2021.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Revista Constituição E Garantia De Direitos.2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12258>. Acesso: 04 janeiro 2021.

LEITÃO, André Studart. **O Direito e seus Custos** (Resumos acadêmicos Livro 1) (p. 19). Edição do Kindle.

LIMA, George Marmelstein. **EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.** 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acessado em: 01 de janeiro de 2020.

LIMA, George Marmelstein. MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Que Vidas Salvar? Escassez de Leitos de UTI, Critérios Objetivos de Triagem e a Pandemia do COVID-19.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/criterios-alocacao-leitos-situacao-escassez>. Acessado em 04 de janeiro de 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Jus PODIVM/Malheiros. Ed. 41. Revista e atualizada, 2020.

MOURA, Marcelo de Souza. **Judicialização das relações sociais no Brasil do século XXI: aspectos práticos da democratização do acesso à Justiça e ao**

**Direito.** Disponível em <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/41/31/>. Visualizado em 03 de janeiro de 2021.

PARADA, Eugenio Lahera. **POLÍTICA Y POLÍTICAS PÚBLICAS**. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). Políticas públicas. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 24-25. Disponível em [https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425\\_coletanea\\_pp\\_v1.pdf](https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425_coletanea_pp_v1.pdf). Acessado em 02 de janeiro de 2021.

SARAIVA, Enrique. **Introdução à teoria da política pública**. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). Políticas públicas. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 24-25. Disponível em [https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425\\_coletanea\\_pp\\_v1.pdf](https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2914/1/160425_coletanea_pp_v1.pdf). Acessado em 02 de janeiro de 2021.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)> Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle.

VIANNA, Luiz W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. *apud* BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas. Rev. Adm. Pública. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rap/v49n2/0034-7612-rap-49-02-00293.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2021.

ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil**. Disponível: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/185/ril\\_v47\\_n185\\_p7.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/185/ril_v47_n185_p7.pdf). Acessado em 02 de jan