

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-457-0

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

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI -, tem proporcionado a disseminação de pesquisas, enriquecendo o conhecimento em variadas áreas dos saberes. A sua abrangência nacional e internacional alcança inúmeros territórios e culturas, enriquecendo o âmbito da Ciência Jurídica e sua interface com as demais Ciências Humanas e Sociais.

O Grupo de Trabalho “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, formado no V Encontro Virtual do CONPEDI, o qual se realizou totalmente on-line, em razão do cumprimento das medidas de distanciamento social decorrentes da pandemia de Covid 19 (Sars-Cov2), ocorreu no dia 17 de junho de 2022.

Todos os textos produzidos em forma de artigos científicos, apresentados por seus respectivos autores e coautores, justificam a atualidade e relevância dos Encontros do CONPEDI e dos Grupos de Trabalhos formados - enquanto espaço de reflexões e debates que divulgam temas jurídicos e sua relação com as dinâmicas sociais, políticas, ambientais e culturais contemporâneas.

As exposições realizadas no “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico” também propiciaram visões transdisciplinares ao desafiar ricas reflexões envolventes das teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, numa trajetória de construção do saber jurídico contemporâneo.

As abordagens epistemológicas trazidas pelos pesquisadores expositores, ao renovarem as reflexões, favorecendo reinterpretções de teorias científicas e temáticas conflitantes, regionais e globais, desafiaram doutrinas e teorias clássicas e contemporâneas, entre outras as de John Rawls, Tommas Hobbes, Paul Ricoeur, John Locke, Miguel Reale e outros juristas de nomeada.

Nesse sentido, com satisfação, os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua leitura, ao mesmo tempo em que agradecem a honra e a alegria de terem coordenado as

reflexões e os debates promovidos pelos pesquisadores, todos extremamente qualificados e conhecedores dos temas trazidos às exposições.

17 de junho de 2022.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Prof. Dr. José Alcebíades Oliveira Junior – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões (URI)

PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS.

WEIGHTING BETWEEN THE PRINCIPLE OF THE POSSIBLE RESERVE AND THE MINIMUM EXISTENTIAL IN THE JUDICIALIZATION OF ENVIROMENTAL PUBLIC POLICIES

João victor baptista magnavita

Resumo

Tanto o ativismo judicial quanto a judicialização de políticas públicas tem aumentada a sua frequência no cenário jurídico brasileiro, sobretudo, no campo de atuação dos tribunais superiores. A judicialização de política públicas ambientais se revela como uma matéria levada ao crivo do judiciário que tipicamente se trata de matéria competente para o Legislativo e o Executivo. O tema proposto, será então, analisado sob o âmbito da colisão axiológica entre princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, pautada no princípio da ponderação utilizado pelos tribunais superiores pátrios, para entender sob quais condições um princípio deve prevalecer sobre o outro.

Palavras-chave: Judicialização, Ativismo, Reserva do possível, Mínimo existencial, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

Both judicial activism and the judicialization of public policies have increased their frequency in the Brazilian legal scenario, especially in the field of higher courts. The judicialization of environmental public policies is revealed as a matter brought to the scrutiny of the judiciary, which is typically a matter that is competent for the Legislative and Executive. This theme will then be analyzed under the scope of the axiological collision between the principle of reserve of the possible and the existential minimum, based on the principle of weighting used by the national superior courts, to understand when one principle should prevail.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Activism, Principle of the possible reserve, Existential minimum, Weighting

1 INTRODUÇÃO

Dentro dos últimos 30 anos, com a promulgação da atual Carta Magna, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88), emergiu-se uma nova consciência quanto ao bem ambiental.

O meio ambiente, sobretudo no campo pátrio, o que não se revela de forma diferente da aldeia internacional, se tornou assunto principal nos diversos debates políticos e jurídicos que forjam o ordenamento jurídico no qual se insere a presente pesquisa.

Dessa forma, a proteção do bem ambiental, pela sua proeminência na tutela constitucional disposta, principalmente, no art. 225, da Carta Magna atual, se faz como um dos corolários primeiros da Nação.

Sua proteção significa, além da afirmação da manutenção e compromisso do Estado na promoção do bem-estar populacional, gerando reflexos em quesitos de saúde, lazer e até mesmo economia, a preocupação e o desenvolvimento pensados àqueles que serão os cidadãos futuros, o que se tem por desenvolvimento sustentável.

Isso exposto, devido à enorme importância concebida ao bem ambiental, houve a necessidade, portanto, de alocação de legislações infraconstitucionais, bem como atos administrativos, voltados à proteção do meio ambiente.

Entretanto, apesar de o inchaço legislativo, inclusive no que tange ao aspecto de Direito Ambiental, a legislação e demais atos normativos, em situações das mais diversas, revela-se lacunosa, e tal situação demonstra-se patentemente em inconformidade com os ditames Constitucionais adotados.

Nesta senda, o art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXV, que versa sobre o direito de acesso à justiça, detém, dentre inúmeros objetivos, a possibilidade de condução e apresentação ao Poder Judiciário de causas que versem sobre situações legislativas lacunosas, ou de litígios sobre o bem ambiental.

Assim, sendo o bem ambiental um bem constitucionalmente protegido, por inúmeros órgãos fiscalizatórios, investigativos, administrativos, além das já mencionadas leis infraconstitucionais e políticas públicas, a ocorrência de lacunas que resultem em prejuízo ao meio ambiente possibilitam o ajuizamento de ações judiciais para solução do problema ambiental concretizado.

Destarte, o chamamento do Poder Judiciário para solucionar tais imbróglis jurídicos, ou a sua atuação de ofício, o que se denomina Judicialização de Políticas Públicas ou Ativismo judicial (conceitos diferentes, mas que importam no Judiciário decidindo sobre matérias atinentes às Políticas Públicas Ambientais), detém peculiaridades em suas decisões que não são patentes em todo e qualquer tipo de ação judicial.

A judicialização de políticas públicas, e aqui se fala, das políticas públicas ambientais, deve levar em conta, por exemplo, a disposição orçamentária do momento para estudo da viabilidade ou não da concretização de uma decisão.

Ademais, o ajuizamento de ações que versem sobre políticas públicas ambientais enfrenta o dilema da dualidade apresentada entre o princípio da reserva do possível e o princípio do cumprimento do mínimo existencial.

Para tanto, quando controvérsias desse tipo são levadas ao judiciário, há a necessidade de análise do caso concreto para que o poder judiciário pondere pela aplicação de tais princípios.

Assim, a presente pesquisa se presta à finalidade de demonstração, primariamente, de como são aplicados os retromencionados princípios quando da ocorrência de colisões.

Secundariamente, o presente artigo deve conceituar e elucidar os conceitos de ativismo judicial, judicialização de políticas públicas, princípio do cumprimento do mínimo existencial, princípio da reserva do possível e ponderação.

Dessa forma, a pesquisa se apresentará de forma qualitativa, uma vez que as ideias apresentadas decorrem da compreensão de fenômenos sociais e de disposições jurídicas, em conjunto com o argumento de que o autor se encontra imerso à realidade a qual se estuda, qual seja, a judicialização das políticas públicas do meio ambiente e a ponderação a ser feita quando dessas decisões envolvendo a aplicação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

Cabe mencionar, ainda, que a pesquisa desenvolvida se utilizou da metodologia da pesquisa qualitativa, ao se apoiar na filosofia fenomenológica do que se propõe a estudar, do método de pesquisa explicativa uma vez que se preocupa em identificar os fatores e quesitos que determinam para a ocorrência de determinados fenômenos jurídicos estudados.

Ademais, para fundamentar o presente trabalho, utilizou-se método o indutivo que foi conduzido pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revelando, portanto, a base na qual se construiu o estudo em comento.

2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

A judicialização, como sugerido pela própria nomenclatura, sugere a provocação do Poder Judiciário, por algum cidadão, ou por quem detenha legitimidade para tanto, a decidir sobre algum assunto de relevante interesse político-jurídico, com as mais diversas repercussões nas mais diversas searas do direito.

Aqui, entretanto, apesar da vasta utilização do termo “judicialização”, utilizar-se-á, aquela que diz respeito ao ajuizamento de ações judiciais para solução de situações concretas atinentes às disposições ambientais em políticas públicas.

Nesse compasso, retoma-se, a judicialização se apresenta como a utilização do Poder Judiciário para apreciação de demandas de alta relevância dentro de uma sociedade. Assim introduz Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009, p. 11)

Cumprе salientar que o fenômeno da judicialização tem ganhado aumento gradual em sua ocorrência, e isso se deve, principalmente, a três grandes causas.

Primeiro, conforme ensina Barroso (2009), a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988 significou dentre inúmeros aspectos a grande recuperação das garantias e liberdade de atuação da magistratura, sendo assim, o poder judiciário, além de se comportar como um poder técnico passou a ser detentor de capital político, principalmente na função de efetivar a aplicação dos dispositivos constitucionais vigentes.

Ademais, tal causa revela-se como o estopim da nova consciência de cidadania, à medida em que os populares, em decorrência do maior acesso às informações e consciência sobre os seus próprios direitos, passam a buscar a tutela dos seus interesses perante os tribunais.

E, ainda, aumentou-se a relevância e atuação institucional do Ministério Público, o que culmina, portanto em um aumento de demanda pelo Poder Judiciário Brasileiro.

A segunda causa se deu pelo que se chamou de constitucionalização abrangente, o que terminou por encrustar à Constituição diversas disciplinas que anteriormente eram delegadas para a legislação infraconstitucional.

Assim, com este movimento, se uma questão é revestida de caráter constitucional, ela tem a potencialidade de se transmutar em pretensão jurídica a ser disposta em forma de ação judicial.

Por último, tem-se a causa que se conecta com o sistema brasileiro de constitucionalidade, por se tratar de um dos mais abrangentes do mundo, que vislumbra o direito de propositura ampla, o que aumenta a incidência de judicialização.

Dessa forma, tendo sido esclarecido o conceito de judicialização, cabe, então, a disposição do conceito de uma de suas ‘espécies’, qual seja, a judicialização de políticas públicas.

A judicialização de políticas públicas ocorre quando a insatisfação pela falta de política sobre determinada disciplina, ou por sua ineficiência, levam os legitimados ao acionamento do Poder Judiciário para a solução do tema.

A judicialização de políticas, portanto, revela uma nova incumbência ao Judiciário, que anteriormente, pelo sistema engessado vigente, deveria ser de competência exclusiva do Executivo e do Legislativo. O que termina por concretizar a atuação política do Poder Judiciário, conforme explicado por Fernandes (2017).

Nesta seara, a conceituação de judicialização de políticas públicas dada por Favetti (2003) é que se trata de um fenômeno no qual há uma transferência do conflito político do cenário onde tipicamente se discute política para uma arena jurídica, e, que, tal situação é típica de Estados com separação de poderes, significando, portanto, a expansão do papel do Poder Judiciário no sistema de Poder em que está inserido.

Tendo sido disposto o conceito de judicialização de políticas públicas, cabe ressaltar quando tal fenômeno pode ocorrer, e explica Teixeira que tal situação se dá basicamente sob duas hipóteses:

Tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas ou b) negociações não judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais. (TEIXEIRA, 2001, p. 43)

Assim, tendo sido apresentada a conceituação de judicialização, posteriormente de judicialização de políticas públicas (e suas hipóteses de aplicação), faz-se mister a explicação do que seria a judicialização de políticas públicas ambientais.

Tal explicação, por consectário lógico retirado das premissas ora apresentadas, se faz de maneira cristalinamente singela. Trata-se, por óbvio, da aplicação dos conceitos acima descritos no ramo do direito ambiental, mormente no atinente às políticas públicas ambientais que de alguma forma não alcançam os meios almejados, ou por ineficácia legislativa não existem e, por isso, justificam a atuação judicial para solução do impasse.

Logo, tendo sido satisfeita a necessária elucidação dos conceitos acima tratados, passa-se a análise de outro significado importante, o de ‘ativismo judicial’ e sua diferença com relação à ‘judicialização de políticas públicas’

3 ATIVISMO JUDICIAL E SUA DIFERENÇA COM A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Ativismo judicial, apesar de ser prática bastante empregada, sobretudo nos tribunais superiores pátrios, a depender do contexto de sua utilização pode ser encarado como uma forma pejorativa da atuação do Poder Judiciário.

Isto porque, o atuar de forma ‘ativista’ significaria a atuação do Judiciário fora de sua atribuição típica de julgamento, o que não significa uma atuação além daquela constitucionalmente firmada.

Mas, sim, uma atuação compatível com a moderna democracia, de forma a evidenciar a ruptura com o antigo paradigma de rigidez quanto a temática de separação de poderes.

Ativismo judicial, portanto, pela visão e entendimento de Fernandes e Nelson seria:

O ativismo judicial, em um sentido amplo, implica em um progressivo deslocamento, para o Poder Judiciário, de decisões que, a priori, não seriam de sua alçada. Há, assim, uma mudança do papel do Poder Judiciário no arranjo político-institucional, que passa a ter uma posição proativa na efetivação de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas. O ativismo seria, portanto, um “ir além” do Poder Judiciário em relação as suas funções típicas, o que ganhou força diante das exigências da democracia moderna, que exige do Poder Judiciário uma jurisprudência que rompa com a concepção rígida da separação dos poderes. (FERNANDES; NELSON, 2014, p. 6)

O ativismo judicial, portanto, deve ser levado em consideração como uma forma de o Poder Judiciário ser acometido de garantias, mecanismos e liberdade para consecução da axiologia

e dispositivos constitucionais. E Barroso (2008) conceitua e complementa o seu sentido, de forma a trazer que a ideia de ativismo judicial tem íntima relação com uma participação cada vez mais intensa do Poder Judiciário para viabilização da real aplicação da axiologia e dos fins elencados na Constituição, tendo por consequência, a maior intervenção dos Judiciário na atuação dos demais Poderes.

Barroso (2008) ainda expõe as formas com as quais o ativismo judicial – em sua forma compatível com a Constituição e não pejorativa – se apresenta. Segundo o doutrinador o ativismo pode se manifestar pela aplicação direta da Constituição naqueles cenários em que não há contemplação expressa do tema em seu texto, com ou sem a criação de leis pelo legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais mesmo utilizando-se como fundamento critérios mais lenientes de violação à Constituição; e, pela imposição seja de obrigações negativas ou positivas voltadas ao Poder Público em matéria de políticas públicas.

Assim, como já conceituados, faz-se necessário o apontamento das diferenças encontradas entre o que se tem por judicialização e o que de fato significa ativismo, ambos com relação ao papel exercido pelo Poder Judiciário em dada situação a ser apresentada.

Conforme posto, o ativismo se revela como uma opção política do Magistrado ou de todo um Tribunal, enquanto a judicialização revela-se como o encontro da necessidade de levar para o crivo do judiciário aquela matéria que não está sendo discutida, tampouco, solucionada pelos poderes aos quais tipicamente lhes seriam incumbidos (Legislativo e Executivo). Dessa forma, Fernandes elucida que:

A primeira [judicialização] trata de uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo, com o aumento da quantidade de matérias sobre as quais o Judiciário passa a ter a última palavra. Não se trata, pois, de uma atuação política. O ativismo, como forma de agir judicial, por seu turno, refere-se a uma postura do Poder Judiciário, a uma forma de atuação que decorre de uma opção política. Nada mais é que um comportamento de seus representantes. (FERNANDES, 2017, p. 14)

Logo, tal diferenciação se faz importante de ser trazida à tona, entretanto, cabe mencionar que não é assunto pacífico na doutrina especializada que de fato haja diferenciação entre o que se tem por judicialização e por ativismo judicial.

É possível encontrar autores como Fernandes e Nelson (2014), que preferem considerar o processo de judicialização de política pública como sendo modalidade do ativismo judicial, em

que, na realidade, o Poder Judiciário estaria realizando as funções típicas de natureza política dos demais Poderes, ou estaria inovando criativamente no ordenamento jurídico.

Neste caminho, Tassinari ainda demonstra a dificuldade de diferenciação dos dois fenômenos:

No âmbito da doutrina brasileira, há certa dificuldade de, ao menos, fixar-se um acordo semântico do que seja o ativismo judicial, de modo que tal postura acaba revelando-se basicamente como uma exagerada interferência do judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo aleatoriamente invocada na tomada de decisões, através de critérios de conveniência. Por este motivo, muitas vezes resta impossibilitada a apresentação de uma necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. (TASSINARI, 2021, p. 128)

Assim, transposto o conceito do que seja o ativismo judicial, e tendo sido feita a diferenciação com relação à judicialização, passa-se à análise do instituto jurídico reconhecido como princípio da reserva do possível.

4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Usualmente invocado em decisões judiciais que envolvam pleitos sobre Direito à Saúde, como pretensões sobre o fornecimento de medicamentos por parte do Estado, o princípio da reserva do possível pode, a depender do caso concreto apresentado, servir de fundamentação para a não concessão de um pedido referente à judicialização de política pública ambiental.

Trata-se de princípio com raízes na cultura constitucional alemã que foi ‘importado’ para o ordenamento jurídico pátrio, recebendo, sobretudo, um viés econômico-orçamentário. Assim explica Pena:

A tese da reserva do possível assenta-se na ideia de que a obrigação impossível não pode ser exigida. O instituto tem origem na doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante. (...) O instituto da reserva do possível no Brasil recebeu um cunho financeiro, significando que a efetividade dos direitos sociais às prestações materiais condiciona-se a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que os direitos fundamentais dependem de prestações financiadas pelos cofres públicos. Todos os direitos fundamentais podem implicar em custo ao Estado. Na atual conjuntura brasileira, não se pode negar a existência de limitações às prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, haja vista o endividamento público e a escassez de recursos. (PENA, 2011, p. 9)

Dessa forma, a reserva do possível será discutida sempre que houver uma relação jurídica (judicialização de política pública) que envolva direito fundamental, relação orçamentária

estatal e, por consequência, a necessidade de utilização dos cofres públicos para consecução do pleito realizado.

O princípio, portanto, tem por objetivo indicar ao Magistrado que sua decisão, por indicar influência sobre o orçamento Estatal (leia-se, municipal, estadual ou da União), deve ser pautada dentro dos limites econômicos suportáveis por determinado ente da Federação, de maneira a não comprometer o orçamento disposto.

Veja-se, existe uma escassez de orçamento, bem como de bens a serem perseguidos, dessa forma, se torna cristalina a necessidade de que toda decisão que envolva disposição orçamentária, deva ser pautada levando-se em conta o princípio da reserva do possível. Assim explana Barcellos (2002) que a reserva do possível busca a identificação do quesito econômico, analisando a limitação dos recursos financeiros de cada ente, frente às necessidades praticamente infundáveis dos indivíduos que de alguma forma devem ser supridas.

Retomando, como mencionado, os direitos fundamentais, a depender da litigância efetuada, para sua satisfação, necessitam de que o ente federado disponha de seu orçamento para o seu pleno atingimento.

Nesta seara, cumpre salientar que o meio ambiente, elencado constitucionalmente no art. 225 da Constituição Federal, dentre outros dispositivos constitucionais, é considerado Direito Fundamental, o que significa que em caso de judicialização com repercussão financeira para o Estado, há a possibilidade de aplicação de tal princípio para solução do imbróglio apresentado. Assim, acerca da característica de direito fundamental do meio ambiente, Rodrigues explicita:

Embora a Constituição Federal brasileira não tenha incluído o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de modo expreso nos direitos e garantias fundamentais, há muito a doutrina já reconhece que esse direito possui tal natureza (direito fundamental), na medida em que não há vida, não há dignidade, não há isonomia, não há segurança, não há saúde sem a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Há íntima essencialidade da proteção da vida (todas as formas de vida) com a proteção do meio ambiente, como expressamente menciona o art. 225 da CF/88. Assim, como há um direito fundamental, há também os deveres fundamentais de tutela e proteção impostos ao poder público e à coletividade. (RODRIGUES, 2018, p. 80)

Logo, tratando de judicialização de políticas públicas ambientais, conforme colocado por Brito (2012), não se deve colocar em segundo plano a noção de que o bem ambiental, levando-se em conta sua fiscalização, prevenção, educação e realização de obras, é dotado de custo. Custos que requerem verbas orçamentárias significativas e devem ser solucionados de forma adequada para que não ocorra uma má utilização dos cofres públicos, assim, é extremamente necessário o

equilíbrio entre as decisões judiciais que envolvam políticas públicas e administração dos recursos dos entes federados.

Destarte, a título exemplificativo, plenamente possível seria a invocação do princípio da reserva do possível em uma hipotética situação na qual se requiere a implementação de tratamento de resíduos sólidos expelidos por empresas, pois, sendo questão de judicialização de política pública ambiental, e sendo o meio ambiente Direito Fundamental passível de geração de repercussão orçamentária, a utilização de dado princípio para o indeferimento do pedido realizado estaria inteiramente justificada.

Isso posto, revelado o significado do presente princípio, e sua aplicabilidade quando da judicialização de políticas públicas ambientais, a seguir, segue-se à análise do princípio do mínimo existencial, amplamente utilizado como contraponto na balança das decisões que envolvam este tipo de matéria.

5 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Trata-se de instituto intimamente ligado, dentre outros princípios constitucionais, com o princípio da dignidade humana.

É, também, instituto relacionado com a ideia de liberdade, que de forma alguma pode ser postergado, significando a primeira prioridade que o Poder Público deve visar para os seus populares.

Todas as matérias que sejam consideradas como inerentes à possibilidade de subsistência do indivíduo humano devem ser garantidas pelo ente estatal como porta que dá abertura à consecução de outros direitos que não sejam tão essenciais quanto outros.

Assim, quanto à conceituação do mínimo existencial, relevante se faz a extensa, porém, necessária lição de Torres:

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública etc. Subjetivamente, em seu status positivus libertatis é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza. (...)O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade do devido processo legal e

da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. Assim, ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou das pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral. (TORRES, 2009, p. 35)

Complementa, Torres (2009), que a ausência do mínimo necessário à existência, aniquilaria a possibilidade de sobrevivência pelo desaparecimento das intrínsecas condições iniciais de liberdade da pessoa humana. Assim, tanto a dignidade humana quanto as condições materialmente condizentes de existência não podem retroceder aquém do que é considerado o mínimo, situação na qual nem os prisioneiros, doentes mentais ou indigente podem ser cerceados.

Destarte, o mínimo existencial é matéria amplamente presente quando das pretensões jurídicas que envolvam a judicialização de políticas públicas, e, por isso, não raramente servem de fundamentação para o deferimento dos pleitos judiciais sobre o bem jurídico ambiental.

Exemplo de sua ampla utilização, inclusive nos tribunais superiores é o resultado do acórdão proferido pelo STJ, de relatoria do Ministro Humberto Martins no Recurso Especial nº 1.366.331-RS:

Administrativo. Processo Civil. Ação civil pública. Rede de esgoto. Violação ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. Ocorrência. Discricionariedade da Administração. Reserva do possível. Mínimo existencial.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.

2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta.

3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente.

4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade.

5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.

6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido. (STJ, 2014, on-line, grifo nosso)

E no mesmo sentido, revela-se novamente, a utilização do mínimo existencial no Recurso Especial nº 1.041.197-MS, também de relatoria do Ministro Humberto Martins:

Administrativo. Ação civil pública. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais. Direito à saúde. Fornecimento de equipamentos a hospital universitário. Manifesta necessidade. Obrigação do Estado. Ausência de violação do princípio da separação dos poderes. Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, **qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.**

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ, 2009, on-line, grifo nosso)

Dessa forma, demonstrado o conceito do princípio do mínimo existencial, e sua aplicabilidade frente à jurisprudência pátria, relevante se faz a apresentação do instituto jurídico da ponderação, e como sua aplicação decide se no caso concreto deve ser salientado o mínimo existencial ou o princípio da reserva do possível.

6 PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Alexy (2011) realizou diferenciação extensa e regularmente adotada nos tribunais superiores pátrios sobre o que são as regras, os princípios e as normas.

Sua grande obra, denominada de A Teoria dos Direitos fundamentais, estuda os elencados institutos jurídicos apresentados, os conceitua e demonstra como ocorre a solução de conflitos entre as regras e de colisão entre os princípios.

Assim, cabe salientar, na visão de Alexy o que são os princípios:

Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (...) Princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. (...) Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2009, p. 91)

Princípios, são, portanto, espécies do gênero norma, considerados mandamentos de otimização, que podem ser aplicados na maior medida possível, diferentemente das regras que são aplicáveis de acordo com o ‘tudo ou nada’ (ou se aplicam ou não se aplicam).

Ademais, não raramente, assim com mais de uma regra, em tese, pode ser aplicada ao mesmo caso concreto, mais de um princípio, aparentemente, pode ter o condão de ser invocado para solução do mesmo caso apresentado.

A este ‘conflito aparente’, Alexy (2011) deu o nome de colisão. Segundo ele, as regras quando em disputa sobre qual deve ser aplicada entram em ‘conflito’, enquanto os princípios, na mesma situação ‘colidem’ e terminam por revelar uma situação na qual caso ambos os princípios colidentes fossem aplicados em conjunto, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.

Nesta senda, Alexy apresenta como solucionar a colisão entre princípios:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o

que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2011, p. 94)

À solução de colisão entre princípios, adotou-se a nomenclatura de ponderação. Assim, voltando-se à problemática atinente à judicialização de políticas públicas ambientais, cabe dizer que em muito, toda a situação envolvida diz respeito, em algum ponto na aplicação do princípio da reserva do possível ou do mínimo existencial.

Isto ocorre porque, em se tratando de judicialização com repercussão econômica para o ente federativo a aplicação do princípio da reserva do possível fatalmente entrará em rota de colisão com o do mínimo existencial.

Nesta seara, conforme já demonstrado anteriormente, nas jurisprudências acostadas no presente estudo, existem condições de aplicabilidade de ponderação para entender qual será o instituto jurídico preponderante no caso em análise.

Assim, enumera-se, em se tratando de litígio que verse sobre direito fundamental, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente estatal, e que vise a garantia da dignidade humana, a ponderação que tem sido realizada nos tribunais responde que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Assim como se depreende do seguinte julgado, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial nº 771.537/RJ:

(...)2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

Agravo regimental improvido. (STJ, 2010, on-line, grifo nosso)

Logo, conclui-se que, representando a judicialização de política pública ambiental, um pleito que se reserva com a preocupação sobre a efetivação de Direitos Fundamentais, à exceção da causa que comprove piamente a falta de orçamento do ente federado, ocorrerá a preponderância, através do mecanismo de ponderação judicial, do mínimo existencial sobre a reserva do possível para garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana enquanto um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de parte da doutrina preferir não realizar a diferenciação entre o que seja judicialização de políticas públicas e ativismo judicial, a presente pesquisa preferiu seguir aqueles que distinguem os conceitos ora mencionados.

Assim, judicialização de política pública seria, resumidamente, o acionamento do Poder Judiciário para solução de questões de alta relevância social que, tradicionalmente, deveriam ser solucionadas pelas esferas representadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, enquanto, o ativismo seria o progressivo deslocamento para o Judiciário de decisões que, anteriormente não seriam de sua alçada, transmitindo, então, uma mudança do papel do Poder Judiciário, que passa a ter uma posição proativa na efetivação de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas.

Entrando no campo axiológico da pesquisa, os esclarecimentos acerca dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial se mostram de suma importância à medida em que oferecem um norte para a introdução de qual dos princípios devam prevalecer quando da ocorrência de uma ponderação judicial.

O primeiro princípio guarda raízes econômicas e demonstra o seu objetivo de salvaguardar a saúde financeira dos entes federados litigados. Já o segundo, demonstra sua preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana de forma a proteger aquilo que de mais essencial se faz para a sobrevivência.

Assim, a ponderação, sob os ensinamentos de Alexy, realizada quando da colisão entre princípios que aparentemente se prestam à solução do mesmo caso concreto, deve ser aplicada nos casos de judicialização de política pública ambiental para solucionar qual mandamento de otimização se aplicará ao litígio em apreço.

Concluindo, na judicialização de políticas públicas ambientais, com cunho orçamentário e que, ao mesmo tempo pleiteie a efetivação de direitos fundamentais, a ponderação a ser realizada entre o princípio do mínimo existencial e princípio da reserva do possível, indica a prevalência deste último, a não ser que se comprove a completa impossibilidade financeira do ente federativo para efetivação da política pública em discussão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS. Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica . Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo REsp 1.041.197-MS**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 16 de setembro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1041197&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo REsp 1.366.331-RS**. Relator: Ministra Humberto Martins. Brasília, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1366331&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO >. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo REsp 771.537-RJ**. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=771537&b=ACOR&p=false&l=10&i=15&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO >. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRITO, Felipe Pires Muniz de. **Custos dos direitos, reserva do possível e meio ambiente**. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21470/custos-dos-direitos-reserva-do-possivel-e-meio-ambiente>. Acesso em: 12 dez. 2021.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re) analisando o dogma do “legislador negativo”**. Revista Eletrônica Direito e Política. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5763>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo judicial**: por uma delimitação conceitual à brasileira. Disponível em: <<https://www.diritto.it/ativismo-judicial-por-uma-delimitacao-conceitual-a-brasileira/>>. Acesso em: 11 dez. 2021

PENA, Isabela Leitão Paes. **Mínimo Existencial, Reserva do possível e Direito Fundamental à Saúde**. EMERJ. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/IsabelaLeitaoPaesPena.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte americana. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano Editora, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.