

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ELISAIDE TREVISAM

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elisaide Trevisam; Simone Maria Palheta Pires; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-473-0

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

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O V Encontro Virtual do CONPEDI, com a temática de Inovação, Direito e Sustentabilidade, mantendo o compromisso com a pesquisa acadêmica jurídica e seu papel social, mais uma vez demonstrou a maestria em organizar eventos.

O Grupo de Trabalho de Direitos sociais e políticas públicas II, concluindo o encontro, contou com apresentações de artigos com temas relevantes na atual sociedade demonstrando a preocupação de todos estudiosos do direito com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Foram abordados diversos problemas encontrados na sociedade analisando-se como os instrumentos tributários relativos à incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural em espaços urbanos podem auxiliar para a formulação de políticas públicas nas cidades do Brasil, tratados no artigo “O esquecimento do rural nas áreas urbanas: uma análise da aplicação da legislação do ITR para a criação de políticas públicas de aposentadoria do trabalhador rural no meio urbano”.

No artigo “Neoliberalismo e a exploração sexual de crianças e adolescentes: o caso das meninas balseiras da Ilha de Marajó-PA e o turismo sexual em Fortaleza-CE” explicou-se a importância de políticas públicas para assegurar esses direitos, frequentemente violados. Falta de políticas públicas eficazes para erradicar a exploração sexual das crianças e adolescentes.

Contribuindo para a pesquisa sobre tecnologia no campo do direito, o artigo “Análise econômica da tecnologia aplicada ao direito” trouxe uma reflexão quanto a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito como ferramenta de análise e eficácia da Tecnologia, notadamente, o uso da Inteligência Artificial no direito brasileiro e como os custos efetivos do uso de tecnologia no sistema jurídico impactam a virada tecnológica do direito brasileiro.

E diante da nova era tecnológica, o artigo “Movimentos sociais virtuais e políticas públicas” discutindo a importância dos movimentos sociais virtuais enquanto formas de pressão não-institucionais nas políticas públicas, conclui que o crescimento do uso dos meios virtuais para

expor e debater as questões sociais pode transformar as tecnologias da informação e comunicação em mecanismos de favorecimento para a articulação e organização política da população na efetivação de seus direitos.

Dando continuidade nas pesquisas sobre políticas públicas, o artigo “A obrigatoriedade da participação dos órgãos responsáveis pela política pública dos entes federativos nas audiências de mediação sobre litígios coletivos pela posse e propriedade” apresentou uma análise se a participação dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas na audiência de mediação do art. 565. §4, do CPC é realmente facultativa, como transcrito no texto legal, ou se, diante de interpretação mais aprofundada, seria obrigatória sob o prisma do direito à moradia, da finalidade das políticas públicas em concretizá-lo, do dever da Administração Pública em efetivá-las, e da fiscalização pelo Poder Judiciário.

O artigo “O impacto da globalização econômica neoliberal na implementação das políticas públicas sociais nos países em desenvolvimento”, apresentou uma investigação sobre o impacto promovido pela globalização em seu viés neoliberal na concretização das políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais nos países em desenvolvimento, explicando que, a partir da globalização cada vez mais acelerada em razão do surgimento de novas tecnologias de comunicação, constata-se um gradual enfraquecimento dos regimes democráticos, da soberania dos Estados e da capacidade do poder público em tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos, acabando por concluir que, possuindo a maior parte de suas finanças comprometida a adequação ao modelo da globalização neoliberal, não restam recursos a serem aplicados na implementação de políticas públicas.

Explicando que a austeridade tornou-se palavra de ordem no cenário de crise econômica, mas isso não implica que seja a única alternativa viável. Corte de gastos (EC n. 95/2016), flexibilização trabalhista, Reforma Previdenciária e erosão dos direitos sociais, o artigo “A política da austeridade como precipício e a necessidade de um novo planejamento para retomada do crescimento econômico” trouxe ideias de como alavancar a economia com medidas que cerceiam o desenvolvimento socioeconômico e ainda lidar com a recessão pós-pandemia.

Com o objetivo de realizar estudo da saúde enquanto direito social a partir dos princípios basilares apontados por John Rawls na sua obra Uma Teoria da Justiça, o artigo “A saúde como pressuposto de direito social em Rawls: anotações iniciais”, buscou analisar se o direito à saúde como um bem que deve ser protegido por meio do poder público e das instituições de justiça.

Para complementar, o artigo “O conceito de justiça de John Rawls: a sua aplicação como marco teórico para estudos de políticas públicas voltadas à saúde” analisou a aplicabilidade da Teoria da Justiça de John Rawls como marco teórico para pesquisas relativas a políticas públicas, visando, assim, o desenvolvimento essencial dos indivíduos discorrendo sobre os princípios fundamentais da justiça, sobre a posição original e o véu da ignorância como pressupostos de estruturação de uma sociedade ideal e pluralista, destacando as imbricações do Estado e as políticas públicas na estrutura social-institucional e na estabilidade democrática.

Mantendo a preocupação com o direito fundamental à saúde, o artigo “Diretrizes judiciais dos modelos decisórios na política pública de saúde via concessão de medicamentos” tratou da compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde, buscando identificar quais diretrizes são possíveis de serem extraídas da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no que toca à compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde no que tange a concessão de fornecimento de medicamentos.

Buscando demonstrar a necessidade de aprovação do Projeto de Lei nº 8.058/14 que trata da implementação dos processos estruturais no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo “Necessidade de promulgação do Projeto de Lei nº 8.058/14 para a implementação de políticas públicas em sede de litígios estruturais” discutiu a possibilidade de o Poder Judiciário julgar questões afetas as políticas públicas, tendo posteriormente sido feita as diferenciações entre litígios coletivos e estruturantes, inclusive declinando sobre a origem dos processos estruturantes e suas limitações legais para implementação prática no Brasil, concluindo como premente a necessidade de promulgação do referido texto legal, sob pena de se gerar não só desincentivo para a adoção do modelo estrutural no Brasil, mas também efetiva insegurança jurídica.

O fato de ter aumentado o número de casos de pessoas com o Transtorno do Espectro Autista (TEA) nos últimos anos no mundo, o artigo “Breves considerações sobre os direitos das pessoas com o transtorno do espectro autista”, apresentou a reflexão da essencialidade do conhecimento sobre o TEA e da existência de políticas públicas e que os direitos dos autistas sejam efetivados. Utilizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental.

Trazendo a história do trajeto da periodização do Planejamento Governamental e da Gestão Pública no Brasil, o artigo “O planejamento governamental no Brasil ao longo dos anos com enfoque na saúde” apresentou o histórico desde a Primeira República em 1889 até a Consolidação da Democracia em 2016, demonstrando a relação econômica do país com os resultados e reflexos na governança da Saúde.

O artigo “Ativismo judicial e efetivação de direitos sociais: o judiciário como instância compensadora de deficits sociais?” demonstrou que o deficit resultante dessa limitação se traduz em pedidos de concretização de direitos sociais ao Judiciário, que, ao acolhê-los, sob o mote da dignidade da pessoa humana, ignora as escolhas políticas do Legislativo e do Executivo, argumentando que o ativismo judicial aposta em escolhas pontuais nocivas para o coletivo e esgota os recursos destinados a políticas públicas.

Investigando o bem comum como um valor jurídico administrativo e constitucional, o artigo “O bem comum constitucional como critério de avaliação jurídica de políticas públicas”, trouxe um comentário sobre as fases do ciclo das políticas públicas segundo o valor do bem comum, enfocando a fase de avaliação das políticas, especificando-se o “bem comum” como um critério de avaliação, do tipo jurídica, de políticas públicas.

Com o objetivo de melhor compreender o direito fundamental à alimentação, a partir da análise do arcabouço jurídico brasileiro no contexto da COVID-19, o artigo “Insegurança alimentar e acesso à justiça no Brasil da COVID-19” destacou a análise dos mecanismos de garantia desse direito e a importância da sua concretização para a própria consolidação do Estado democrático de direito.

Com o tema educação inclusiva, o artigo “Educação inclusiva para crianças e adolescentes com deficiência: contribuições do plano estadual de educação de Santa Catarina” buscou responder em que medida o vigente Plano Estadual de Educação de Santa Catarina viabiliza a meta de universalização da educação básica para crianças e adolescentes com deficiência, com idade entre quatro e dezessete anos, apontando que o atendimento educacional especializado atinge 99,8% das crianças e adolescentes com deficiência em Santa Catarina, indicando a efetividade do Plano Estadual de Educação.

Explicando que o Trabalho, assim como educação, são direitos sociais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil, o artigo “Diretrizes de um estudo crítico sobre as alterações propostas pela PEC 32/2020” expôs a ideia de que a adoção de cotas raciais como garantia de acesso à educação formal representa modo eficiente de preparar as pessoas para melhores condições de vida e qualificação para melhores empregos e melhores salários, por consequência viabiliza a mobilidade socioeconômica, assegurando que políticas públicas com ações afirmativas para inserção da população negra no mercado de trabalho por meio da educação formal representa medida de diminuição de desigualdade material.

Buscando apresentar um panorama geral das mudanças propostas pela PEC 32/2020 e elencar algumas das principais críticas que a doutrina tem feito para a reforma administrativa,

uma vez que parte da ideia de que reformas democráticas devem enfrentar debates doutrinários e se sustentar em estudos científicos, o artigo “Direitos fundamentais da população negra no Brasil: o papel das políticas públicas na sua implementação após a Constituição de 1988” destacou a necessidade da participação da doutrina no debate da reforma administrativa, uma vez que é a partir de pesquisas e observações críticas que se alcançará uma reforma administrativa democrática e que se oriente pelos princípios constitucionais.

E ainda, retratando o compromisso étnico-racial igualitário manifestado no texto da Constituição Federal de 1988, em que são reconhecidos direitos e garantias fundamentais dos negros, o artigo “Cotas raciais: políticas públicas para inclusão no mercado de trabalho por meio da educação formal” apresentou um estudo, sobre a adoção de políticas públicas de promoção de igualdade racial, nas quais se incluem as ações afirmativas, como ferramenta a dar efetividade à implementação das normas e princípios constitucionais que pretendem de fato assegurar a dignidade da pessoa humana e direitos sociais da população negra, combatendo as discriminações e desigualdades política, econômica e sociais comparativamente aos brancos.

E para finalizar, o artigo “Federalismo brasileiro e políticas públicas: a política de acolhimento institucional para crianças e adolescentes nos municípios do estado da Bahia para análise do impacto das relações intergovernamentais e a subsidiariedade” analisou a compatibilidade de aplicação do princípio da subsidiariedade nas relações intergovernamentais do modelo federalista cooperativo brasileiro, sugerindo a adequada aplicação do princípio em virtude dos benefícios apresentados no cenário da política socioassistencial nos entes municipais baianos.

Neste contexto de reflexão sobre os direitos fundamentais sociais e a necessidade de efetivação pelas políticas públicas, o Grupo de Trabalho consubstanciou a temática com pesquisas sérias e fundamentadas, contribuindo para a disseminação de um direito mais justo. Boa leitura!

Valter Moura do Carmo

Universidade Federal do Tocantins

Elisaide Trevisam

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Simone Maria Palheta Pires

Universidade Federal do Amapá

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: O JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA COMPENSADORA DE DEFICITS SOCIAIS ?

JUDICIAL ACTIVISM AND THE ENFORCEMENT OF SOCIAL RIGHTS: THE JUDICIARY AS A COMPENSATORY INSTANCE OF SOCIAL DEFICITS ?

Nayana Shirado ¹

Resumo

Todos os direitos custam. Os recursos para efetivá-los são limitados. O deficit resultante dessa limitação se traduz em pedidos de concretização de direitos sociais ao Judiciário, que, ao acolhê-los, sob o mote da dignidade da pessoa humana, ignora as escolhas políticas do Legislativo e do Executivo. Nesse contexto, o artigo investiga se, agindo dessa forma, o Judiciário compensa esse deficit social. Adota o aporte teórico de Roberto Gargarella e Jorge Novais, o método hipotético-dedutivo e a técnica bibliográfica. Argumenta que o ativismo judicial aposta em escolhas pontuais nocivas para o coletivo e esgota os recursos destinados a políticas públicas.

Palavras-chave: Reserva do possível, Escassez de recursos, Efetivação, Ativismo, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

All rights cost. The resources to realize them are limited. The deficit resulting from this limitation is converted into requests to the Judiciary for the realization of social rights, which, in accepting them on the grounds of the dignity of the human being, ignores the political choices of the Legislative and Executive branches. In this context, the article investigates whether the Judiciary compensates this social deficit. It adopts the theoretical contribution of Roberto Gargarella and Jorge Novais, the hypothetical-deductive method and the bibliographical technique. It argues that judicial activism is harmful to the collective and depletes the resources intended for public policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reservation of possible, Resource scarcity, Effectiveness, Activism, Social rights

¹ Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP). Bolsista CAPES Prosuc II/Texas. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/5853108301126630>.

1 INTRODUÇÃO

Todos os direitos custam. Os recursos para efetivá-los são limitados. Eis o eixo argumentativo deste trabalho que aborda a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário. O *deficit* resultante da limitação de recursos se traduz em pedidos de concretização de direitos sociais ao Judiciário, que, ao acolhê-los, sob o mote da dignidade da pessoa humana, ignora as escolhas do Legislativo e do Executivo.

É nesse contexto que o trabalho pretende investigar se, agindo dessa forma, o Judiciário funciona como uma instância compensatória de *deficit* social. Adota o método hipotético-dedutivo e como técnica de pesquisa, a bibliográfica, a partir das contribuições de Roberto Gargarella (2014), Jorge Novais (2010), Stephen Holmes e Cass Sunstein (2019).

Discute, em três tópicos principais, o problema da efetivação de direitos sociais, a distinção entre judicialização e ativismo judicial, situando o neoconstitucionalismo nesse cenário, a escassez de recursos e a reserva do possível.

Argumenta que o ativismo judicial aposta em escolhas pontuais que se mostram nocivas para o coletivo, na medida em que esgota os recursos destinados à realização de outros direitos, prioritariamente escolhidos e implementados por políticas públicas.

2 UM CATÁLOGO DE DIREITOS NÃO BASTA: A CONSTITUIÇÃO E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS

O Constitucionalismo social é o produto de uma evolução multissecular, cujo marco está na Constituição de Querétaro de 1917, robusta em sua declaração de direitos e compromissada com os direitos sociais. Alinhada ao *standard* mexicano, a maioria dos países ibero-americanos passou a incluir um extenso rol de direitos sociais em suas Constituições (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 35).

No momento presente, as Constituições da América Latina garantem a proteção ao meio ambiente, cultura, saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho, vestuário, igualdade de gênero, mecanismos de democracia participativa, referendo popular, consulta popular, revogação de mandato e ações afirmativas, além do reconhecimento de Estados como pluri ou multiculturais garantindo uma proteção especial aos povos indígenas.

Sem dúvida, um *menu* variado de direitos sociais que demandam efetivação. O constitucionalista Roberto Gargarella (2014) argumenta que a efetivação de direitos sociais previstos nas Constituições, fica comprometida pela falta de reorganização das estruturas de

poder. Não se trata de uma afirmação que afaste outros fatores, pois, obviamente, nem tudo depende da Constituição: a concretização de direitos também demanda outros fatores para vicejar, como por exemplo, a planificação de políticas públicas e a gestão de recursos financeiros.

A teoria de Gargarella utiliza a metáfora da Constituição como uma máquina repleta de engrenagens. A “sala de máquinas” seria o lugar, no texto político, onde estão situadas as regras de organização do poder, sendo que, de modo geral, as Constituições apresentam uma parte dogmática, que cuida da declaração de direitos, e outra, orgânica, que trata da organização do poder político.

Reformas constitucionais ou mesmo novas Constituições são pensadas para modernizar a seção de direitos, a parte dogmática, ao invés de atuarem na revisão da seção que trata do poder, a parte orgânica. Agindo assim, os reformadores ou constituintes mantêm fechadas as portas da sala de máquinas da Constituição. Nas palavras de Gargarella, Pádua e Guedes (2016, p. 39):

A máquina da Constituição não é o objeto de atenção principal dos reformadores. É como se a missão estivesse concluída com o trabalho nas seções dos direitos, como se os controles principais somente pudessem ser tocados pelos aliados mais próximos daqueles que estão no poder.

O constitucionalista invoca o exemplo em seu próprio país e em outros da América Latina para ilustrar o descompasso entre a incorporação de novos direitos na parte dogmática e a manutenção da estrutura de poder na parte orgânica, que importa prejuízo para a efetivação de direitos (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 39):

Na Argentina, as autoridades políticas se recusaram a implementar cláusulas de participação incorporadas na Constituição de 1994. No Equador, o presidente vetou todas as iniciativas para implementar os mecanismos de participação popular. No Peru, Chile, México e no Equador líderes indígenas sofreram prisões ou repressão toda vez que quiseram colocar em prática seus novos direitos adquiridos.

A teoria de Gargarella importa para a compreensão de que um extenso catálogo de direitos sociais não basta¹. Devem ser considerados, para a efetivação de tais direitos, os impactos que a organização do poder exerce sobre eles, em razão desse desenho contraditório

¹ No mesmo sentido, Catarina Botelho (2015, p. 105): “[...] de um extenso catálogo constitucional, não advém uma efetiva proteção de direitos”. Em uníssono, Thiago Acca (2019, p.154): “Não se espera nenhuma espécie de ‘milagre’ apenas com base na positivação constitucional de direitos sociais, ainda que sejam implementados pelo Judiciário. O direito e o Poder Judiciário possuem seus limites”. Canotilho (2012, p. 120) reforça a necessidade de efetivação do conteúdo positivado pelo constituinte, ao argumentar que é preciso “assegurar a externalização das ações constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da constituição”.

das Constituições, “parecem social e democraticamente comprometidas nas seções de direitos, enquanto parecem rejeitar essas mesmas idéias sócio democráticas por meio de sua tradicional organização política vertical” (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 39).

O essencial sobre este tópico está em dizer que o desajuste entre as partes da Constituição – “esquizofrenia constitucional”² -, impacta na efetivação de direitos, inclusive e principalmente, dos direitos de natureza social tachados de “custosos”, considerando que a velha organização política de matiz hiperpresidencial tende a bloquear todas as iniciativas direcionadas a colocar tais direitos em marcha. É um equívoco, portanto, pensar em efetivação, sem pensar no poder de quem controla a sala de máquinas da Constituição.

3 JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E ATIVISMO JUDICIAL: UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS

A receita constitucional básica de organização do poder político do Estado, confere, respectivamente, aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário funções especializadas: administrar, legislar e julgar. O processo de evolução do Estado, ao longo dos séculos, aponta para o destaque maior de um poder em relação aos demais³, fato que não depende, necessariamente, do desenho constitucional das competências de cada poder.

No século XIX, predominou a compreensão de lei não apenas como algo escrito, mas como algo transcendente, debatido e respeitado, a enaltecer o papel do Poder Legislativo (TOMELIN, 2018, p. 199). O século XX foi a vez de o Poder Executivo se sobressair em relação aos demais, em razão da preponderância da atividade administrativa sobre a produção normativa do Legislativo. O século XXI, por sua vez, é o século do Judiciário como resposta a um Poder Executivo hipertrófico e a um Poder Legislativo heterogêneo, como destacado por Georghio Tomelin (2018, p. 199):

O século XXI será o século do Judiciário, que terá que enfrentar os resquícios de um Executivo hipertrofiado e de um Legislativo com uma multiplicidade heterogênea de atores. No Brasil é comum enfatizar a qualidade cultural dos constituintes de 1946, em contraposição ao sertanejo popular do Legislativo do

² Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & Política: Poder constituinte, Constituição material e cultura constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012.

³ Paulo Bonavides (1999, p. 147) trata o esgotamento da separação dos poderes como dogma da Ciência: “Não temos dúvida, por conseguinte, em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos das ideias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas”.

Século XXI. O fato inegável é que a base alargada atual melhor representa a heterogeneidade do povo brasileiro. Somos o que somos. O papel do Judiciário neste século XXI será o de manter alto o nível de leitura das normas. Impedir que direitos fundamentais sejam emasculados. Ampliar o Estatuto do Cidadão. Garantir celeridade que objetivamente defira acesso aos direitos ao maior número possível de jurisdicionados.

É nesse cenário de protagonismo judicial, que ao trabalho interessa uma aproximação entre os conceitos de “judicialização” (ou justicialidade) e “ativismo judicial”. Quando se fala em judicialização, deve-se pensar no *fato* de que as “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2019, p. 44), tendo como ideia a possibilidade ingressar em juízo⁴ para debater uma pretensão (BARROSO, 2018, p. 24).

Existe uma taxonomia para a judicialização: quantitativa e a qualitativa. A primeira diz respeito a “um número espantoso de ações judiciais em curso”, a uma “explosão de litigiosidade”, enquanto a segunda, “designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais”⁵ (BARROSO, 2018, p. 22-24).

De outro lado, a expressão “ativismo judicial”⁶ diz respeito a uma *atitude*, “um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2019, p. 45), que está relacionada “a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na

⁴ É preciso lembrar que o Judiciário não é a única porta de acesso para pacificação de conflitos. A justiça multiportas é uma realidade do tempo presente, que é avalizada, inclusive e principalmente pelo próprio judiciário. Ao tempo em que promove uma “desjudicialização” das demandas, abre as portas para outros espaços: cartório extrajudicial, mediação extrajudicial, arbitragem e conciliação extrajudicial. A judicialização apontada por Barroso (2012, 2018, 2019) sinaliza que o judiciário tem sido a primeira porta a ser aberta pelo cidadão. Ao invés de ser a última.

⁵ Barroso (2018, p. 24) aponta que as questões levadas ao Judiciário não foram resolvidas a tempo e a hora pelas instâncias políticas e esse fato pode ser visto sob suas óticas: “O lado bom é que exista o Judiciário para atender demandas sociais que não foram satisfeitas pelos outros Poderes. O lado ruim é que a judicialização de questões políticas em sentido amplo significa que elas não estão sendo equacionadas por quem deveria fazê-lo. A judicialização evidencia, assim, uma deficiência grave no funcionamento da política majoritária, que é aquela conduzida pelos órgãos eletivos – Legislativo e Executivo”. Cláudia Loureiro (2014, p. 215) ilustra a fala de Barroso com um exemplo de judicialização para o fornecimento de medicamentos excepcionais: “[...] o Poder Público não pode ficar inerte diante da situação do fornecimento de medicamentos excepcionais à população necessitada e apenas se defender das ações judiciais. Deve, ao contrário, implantar o sistema operacional para o fornecimento de medicamentos excepcionais e desenvolver políticas públicas destinadas à solução do problema. Referente ao mesmo tema, recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral a respeito do tema que discute a possibilidade de sequestro de verbas públicas em favor de doente grave, sem a necessidade de tramitação administrativa de precatório, quando o credor for portador de doença grave com iminente risco irreversível à saúde. Isso reflete a problemática a ser enfrentada pelo poder judiciário, que, mais uma vez, será acusado de ativismo judicial desmedido quando, na realidade, tem de atuar para suprir a inércia do Poder Público.”

⁶ Barroso (2019, p. 45-46) prefere “atuação expansiva ou proativa”, no lugar de “ativismo judicial”, uma vez que, nos dias atuais, ativismo judicial “se tornou uma forma depreciativa de se referir a esse papel mais expansivo do Judiciário e sobretudo do STF. Enquanto a judicialização é um *fato*, o ativismo judicial é uma *atitude* (BARROSO, 2019, p. 44-45).

concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2012, p. 25).

Sublinhadas as diferenças terminológicas, para evitar que a acepção técnica se perca no uso vulgar, é aqui estabelecido um pacto semântico para a escrita deste trabalho, que privilegia a distinção. Dessa forma, a opção recai pelo uso do termo “ativismo judicial” empregado para designar a atividade expansiva do Poder Judiciário que adentra na esfera de atuação de outros poderes.

Nessa acepção, considera-se que o ativismo judicial produz decisões que ferem de morte a segurança jurídica, que ultrapassam a competência de juízes, ou são tomadas sem esteio na lei ou mesmo contra prescrições legais, inclusive constitucionais, sob o mote de que o ativista é mais sábio que o legislador e ainda mais sábio que o Constituinte, que são os representantes eleitos pelo povo (FERREIRA FILHO, 2020, p. 187).

Da análise entre os termos, é possível vislumbrar muitos pontos de contato, de modo que um fenômeno tangencia a esfera de atuação do outro, estabelecendo uma relação de simbiose entre ambos, que degenera numa relação de causa-efeito controvertida. Há, de um lado, quem considere ativismo *causa* e judicialização, *consequência* (PIERDONÁ, 2019, p. 174), como também quem aposte no contrário – essa é a nossa posição⁷. Se causa ou consequência, no essencial interessa gizar que tais fenômenos estão intimamente ligados ao protagonismo do Poder Judiciário no século XXI.

Considerando que o ativismo judicial é inerente ao movimento neoconstitucional e que a atuação do Poder Judiciário deve ser minimamente controlável, em respeito ao Estado Democrático de Direito, merece destaque a conclusão de José Carlos Francisco (2012, p. 63): “havendo regra expressa e objetivamente útil para a solução de certos casos concretos, o operador do direito deve aplicá-la em obediência ao ordenamento produzido de modo democrático e legítimo ao invés de abandonar o preceito positivado em favor de princípios”.

Não se pode olvidar a lição de que, mesmo sob a luz do positivismo puro, existirá sempre “uma margem discricionária no processo interpretativo feito pelo Judiciário [...], mas dada a abertura semântica dos princípios fundamentais e dos conceitos indeterminados,

⁷ Não nos parece razoável pensar que o ativismo dê azo à judicialização, como se a postura dos órgãos julgadores estimulasse uma avalanche de ações judiciais, a partir de decisões ativistas favoráveis. Em primeiro lugar, porque não há garantia de que o ajuizamento de uma ação produza desfecho favorável à pretensão do requerente. Ao contrário, resultados díspares podem ocorrer. Em segundo lugar, parece-nos que o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) tornou “justiciável” a generalidade de direitos, não havendo ingerência do ativismo a esse respeito.

somente o trabalho hermenêutico minimamente controlável pode impedir excessos” (FRANCISCO, 2012, p. 82).

Além do neoconstitucionalismo, o ativismo judicial está relacionado ao fenômeno da “juristocracia” - uma forma de governo não democrática, baseada em decisões judiciais impregnadas de percepções pessoais. Nota-se a transferência de poder das instituições representativas para as judiciárias, como retrato da tendência atual, no século XXI, de os holofotes voltarem-se para o Judiciário. Nessa linha, Maria Rita Loureiro (2014) critica o ativismo, a partir de análise da obra de Ran Hirschl *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*:

A expansão do modelo norte-americano, que atribui a juízes de cortes constitucionais o poder de decidir conflitos políticos e assuntos públicos, fundamenta-se na hoje quase sagrada crença na legitimidade de se garantir direitos pela via judicial, mesmo contrapondo-se ao poder público emanado dos parlamentos. Nesse modelo constitucional, a democracia não significa regra da maioria, nem se funda no princípio da soberania parlamentar, ao contrário, dá às minorias proteção legal na forma de uma constituição escrita que não pode ser mudada nem mesmo por uma assembleia eleita.

O trabalho de Loureiro (2014) chama atenção para a natureza contramajoritária de um poder que sequer se submete ao escrutínio popular, que não dispõe de mecanismos de ausculta das inquietudes do povo e que só atua mediante provocação de outrem. Uma atuação institucional limitada decorrente do desenho constitucional, mas que tem alcançado novos contornos no século XXI, sobretudo no campo da efetivação de direitos sociais.

Ao que parece estar esquecido, ainda é “vedado ao juiz, em um Estado democrático de direito, inovar na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais” (BARCELLOS, 2005, p. 44). Não só por implicar violação à separação de poderes, “mas também porque em muitos temas eminentemente técnicos, essa produção normativa é imprópria para os órgãos judiciais, tamanha a quantidade de informações que devem ser reunidas e que não podem ser solucionadas pelos métodos judiciais tradicionais” (FRANCISCO, 2009, p. 446).

4 ESCASSEZ DE RECURSOS E RESERVA DO POSSÍVEL: O CÉU NÃO É O LIMITE

Nos últimos anos, alguns países da América Latina desenvolveram uma curiosa e “imaginativa prática judicial de cumprimento dos direitos sociais” (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 38): a ativista. No Brasil, as práticas judiciais para efetivação de direitos dessa natureza, além de imaginativas, são plásticas: estendem-se como num grande guarda-

chuva para reunir “pedidos dos cidadãos, de organizações da sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo” (DIMOULIS, 2012, p. 268).

José Joaquim Gomes Canotilho (2015, p. 35) mostra-se reticente em acolher a tese de ativismo judicial, por mais nobre que seja a intencionalidade por trás das decisões, e por mais que os poderes políticos competentes, para implementação de políticas públicas permaneçam indiferentes ou atuem em manifesta desconformidade com os princípios de justiça:

Temos manifestado as mais sérias reticências a esse activismo, por mais nobre que seja a sua intencionalidade solidária. Além de se limitarem a sentenças casuísticas - sobretudo no âmbito de prestações de saúde - falta-lhes legitimidade para a apreciação político judicial das desconformidades constitucionais das políticas públicas.

Para além do *deficit* de legitimidade das decisões ativistas, apontado acima por Canotilho (2015), há outros motivos para reputar temerária a efetivação de direitos sociais pelo Judiciário. Considerando as premissas de que todos os direitos custam, sejam custos financeiros⁸ ou não, sejam direitos de liberdade, sejam direitos sociais⁹ (HOLMES; SUNSTEIN, 2019), e tendo em vista que os recursos para efetivá-los são limitados, a atuação do Poder Judiciário¹⁰ na concretização de direitos sociais impacta fortemente no orçamento do Executivo.

⁸ É inegável que o financiamento de direitos sociais depende de impostos, como assevera José Nabais (2007, p. 179): “todos os direitos têm por suporte meios financeiros públicos ou, noutras palavras, atenta à natureza fiscal do estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos”. Contudo, é preciso advertir que, no Brasil, além de impostos, contribuições sociais também são fontes de arrecadação para o custeio de tais direitos.

⁹ Acerca de um regime jurídico distinto para direitos de liberdade e direitos sociais, filiamo-nos à posição de Jorge Novais (2010, p. 267), para quem: “tudo aquilo que é, dogmaticamente aplicável aos direitos de liberdade, às suas diferentes modalidades e nas várias dimensões juridicamente relevantes, é exatamente aplicável, na mesma medida e com idênticos condicionamentos, às correspondentes modalidades e dimensões dos direitos sociais”.

¹⁰ Tomelin (2018, p. 149) chama atenção para o campo de atuação judicial entre um Executivo hipertrófico e um Legislativo inoperante: “É certo que, no vácuo de inoperância do legislador e de um executivo hipertrofiado, o Judiciário passa a se ver forçado a assumir o estabelecimento de pautas de condutas protetivas de direitos fundamentais. Parte importante da relação entre poder e direito passa a ser coordenadas pelos juizes, que muitas vezes impõem a sua vontade pessoal como mote de decidir. Imagine-se, por exemplo, um debate amplo sobre o sistema escolar brasileiro; sobre o que pode e o que não pode ser ensinado para as crianças (temas ligados à ideologia, gênero, raça, conjuntura ou realidade política). Partamos agora do pressuposto de que o Congresso fez o seu trabalho corretamente e que votou uma ampla reforma em algum tema polêmico, após ouvir especialistas e a sociedade civil. Alguém duvida de que haverá ações na justiça e de que Magistrados irão produzir decisões comentando os pressupostos políticos da reforma? E que haverá decisões paralisando o novo sistema, nas quais os juizes farão valer a sua visão de mundo (e assim a vontade de deputados e senadores vencidos no processo político poderá prevalecer judicialmente)? Claro que alguns juizes agirão de modo neutro, negaceando a possibilidade de interferir no mérito legislativo, ainda que possam considerá-lo odioso. Mas basta que alguns utilizem seus próprios preconceitos para paralisar a decisão congressual, e nada mais andarà adiante no tema”.

O patamar de recursos disponíveis não é tão elástico quanto supõem alguns magistrados¹¹. Não raro, decisões judiciais de cunho populista e paternalista¹², implicam escolhas trágicas, pois “uma decisão que determina um tratamento médico de alto custo para um único paciente, pode acabar matando dezenas de outros pacientes em um pequeno município, simplesmente porque os recursos são finitos e o dinheiro não existe duas vezes” (TOMELIN, 2018, p. 164).

Seguramente, não haverá recursos suficientes à satisfação de todas as demandas sociais. A “crença supersticiosa” produzida sob um “optimismo inabalável” em pensar que sempre haverá mais e mais recursos (NOVAIS, 2010, p. 243), não resiste a situações de crise econômica, dificuldades extremas e situações de penúria das quais nenhum cidadão está a salvo. A indisponibilidade orçamentária fará vítimas, é inevitável (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Para mitigar esses efeitos, há de ser buscada uma racionalidade para escolhas menos trágicas, por meio de critérios e procedimentos para alocação de recursos (AMARAL, 2001). Eficiência e racionalidade são os nortes a guiar a gestão de recursos escassos, considerando que as receitas do Estado não são suficientes para fazer face aos compromissos públicos, simultaneamente com implementação de políticas públicas e manutenção das políticas que já estão em andamento.

Sob tal ordem de ideias, é importante refletir sobre a escassez e a alocação de recursos. A escassez é “inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas”, enquanto a alocação “envolve decisões de três ordens, relativas a quanto disponibilizar, a quem atender e, ainda, a condutas dos potenciais beneficiados, e que não há um critério único” para orientar tais escolhas. Diante disso, as escolhas tendem a ser políticas e locais (AMARAL, 2001, p. 172).

Não basta o argumento de que “se está na lei é para ser cumprido”, principalmente, porque a lei não remove a escassez. E havendo escassez, alguém deixará de ser atendido. Levar os direitos a sério implica levar a escassez a sério (HOLMES; SUNSTEIN, 2019). A relação entre o custo dos direitos e o impacto orçamentário das decisões judiciais é retratada por

¹¹ Gustavo Amaral (2001, p. 173) aponta a tendência de a jurisprudência brasileira não enxergar a questão da escassez de recursos, ora presumindo que existem, ora considerando ser imoral qualquer consideração orçamentária. Ao que parece, o Judiciário tenta reolver a questão com fórmulas e instrumental próprio para resolver microconflitos e isso resulta em escolhas inconscientes.

¹² Sobre os problemas ideológicos dos juízes: “Quem abraça uma ideologia, abraça junto com ela um modelo de verdade sobre fatos controvertidos, que passam a existir em um mundo de certezas (Watzlawick). Não é possível aceitar que cada magistrado seja uma ilha, subordinado apenas ao tribunal da sua própria razão, apoiando-se em um livre convencimento motivado, moldado por visão solipsista da realidade, conforme já dissemos antes. Se assim fosse, estaríamos sempre, em cada caso, aplicando normas abstratas a fatos concretos a partir de um grau zero de sentido” (TOMELIN, 2018, p. 183).

Gustavo Amaral (2001, p. 77-78):

Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem consideração às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis.

Pode-se pensar que, quando a saúde e a vida estejam em jogo, qualquer referência a custo pareça repugnante, vil. De fato, trata-se de um tema que não agrada a todos, aliás, agrada a bem poucos, se comparado aos temas sublimes da humanidade, palatáveis à maioria. Olhando para decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), anteriores à Suspensão de Tutela Antecipada n. 91 (STA n. 91)¹³, Daniel Wang (2008, p. 546)¹⁴ aponta que a discussão “a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos aparecia em poucas decisões e, quando aparecia, era tratada de forma não muito detalhada e sem lhes dar grande importância”.

Mas se trata de um assunto inarredável e sobre o qual a sociedade carece de debate, pois “é um dado da realidade que o Estado não é capaz de suportar financeiramente todas as espécies de prestações que poderiam ser geradas pelos direitos sociais para todos os indivíduos” (ACCA, 2013, p. 199). Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245) reforça que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar” e que o intérprete deverá considerá-la “ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado”.

É preciso não apenas assimilar essa evidência, como elevar o patamar da discussão para pensar que a efetividade de direitos (e não apenas de direitos sociais) está intimamente ligada à alocação de recursos. E não só. Importa definir critérios de preferência, para escolher quais direitos serão implementados em detrimento de outros e quem deverá ser atendido. Ao apurar os elementos fundamentais da “dignidade da pessoa humana”¹⁵ (mínimo existencial),

¹³ A Suspensão de Tutela Antecipada n. 91 (STA n. 91) de relatoria da Ministra Ellen Gracie representou o início da virada da jurisprudência do STF. É que, até então, as decisões se alinhavam à concessão de fármaco ou tratamento de saúde, sob o fundamento de que a negativa no fornecimento dessas prestações implicava uma restrição injusta ao direito à saúde, circunstância que autorizaria o Judiciário a intervir para corrigir suposta omissão do ente estatal. Na STA n. 91, restou assentado o entendimento de que a universalidade do atendimento deve ser alcançada com a ação do estatal e não apenas demandas individuais, considerando a limitação de recursos e a possibilidade de inviabilizar o sistema de saúde que atende a todos. Segue o excerto da decisão: “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde” (BRASIL, 2007).

¹⁴ Custos de direitos e limitação de recursos financeiros eram considerados pela Corte Constitucional como “problemas de menor importância e que não seriam aceitáveis quando se lidasse com casos envolvendo o direito fundamental à saúde” (WANG, 2008, p. 546).

¹⁵ A dignidade da pessoa humana possui várias compreensões. Ingo Sarlet (2011, p. 60), a considera como: [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por

“estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos” (BARCELLOS, 2002, p. 246). A dignidade da pessoa humana inclui condições mínimas de existência humana – o mínimo existencial¹⁶, conforme ensina Barcellos (2002, p. 246):

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.

Somente após essa definição, “é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir”; assim, o mínimo existencial, “associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (BARCELLOS, 2002, p. 246). Gilmar Mendes (2009, n. p.) aponta que o “pensamento do possível” e o “limite do financeiramente possível” são referências fundamentais para buscar o equilíbrio institucional por meio da conciliação entre expectativa (de efetivação de direitos) e realidade (econômica). Nesse cenário de recursos finitos e demandas infinitas, o que deve ser resguardado em termos de direitos sociais? Produtos sociais em patamar mínimo¹⁷. É que o Estado não pode ser impelido a cumprir obrigações impossíveis: direitos em grau máximo a todos. Cristina Queiroz (2006, p. 81) chama atenção para esse ponto:

[...] o conceito de ‘reserva do possível’ pode apresentar-se como uma exigência ‘racional’, imposta pela natureza das coisas através dos elementos lógico e sistemático da interpretação de preceitos constitucionais, para logo se acrescentar não se tratar ‘de uma restrição eventualmente admissível’ [...] numa conjuntura de incapacidade financeira do Estado’, antes ‘de uma restrição necessária, que nem por isso deixa de ficar sujeita, na parte aplicável, à regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos direitos, liberdades e garantias, normalmente a necessidade e a proporcionalidade, **devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo de satisfação desse direito** (Grifo nosso).

parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

¹⁶ Segundo Barcellos (2002, p. 118), a ideia do mínimo existencial diz respeito a um subconjunto, dentro dos direitos sociais, **menor** – o que minimiza o problema dos custos – **mais preciso** – o que remove a imprecisão dos princípios – e, efetivamente, **exigível** do Estado.

¹⁷ Segundo Cristina Queiroz (2006, p. 82), “tratando-se de um mínimo já imediatamente aplicável e garantido pela Constituição como ‘direito de defesa’ (ou direito análogo aos direitos, liberdades e garantias), a respectiva eficácia ‘não é agora mais nem menos intensa, mas simplesmente a do regime geral dos direitos, liberdades e garantias.’”

Na origem, a reserva do possível¹⁸ surgiu no Tribunal Constitucional alemão¹⁹ e nasceu da ideia sobre o que os cidadãos poderiam exigir do Estado. Transformou-se, ao longo do tempo para se referir às condições financeiras e orçamentárias do Estado (NOVAIS, 2010, p. 91), passando a ser conhecida como “reserva do financeiramente possível”, como esclarece Catarina Botelho (2015, p. 432):

A doutrina alemã desde cedo fez apelo à noção de uma “reserva constitucional da capacidade real de prestação” do Estado, conceito este que foi acolhido, mais amplamente, na jurisprudência. Assim, foi na jurisprudência alemã que, no domínio dos direitos sociais, primeiramente se invocou a noção de “reserva do possível ou do razoável” (*Vorbehalt des Möglichen oder der Venünftigen*) no sentido de aquilo que os cidadãos poderiam razoavelmente exigir do Estado. Com o passar do tempo, o conceito de reserva do possível foi sendo depurado e acabou por se direcionar no sentido originariamente referido pela doutrina, ou seja, enfatizando as condições financeiras e orçamentárias do Estado – “reserva do financeiramente possível”. A “dependência de recursos” (*Ressourcenabhängigkeit*) ou a “escassez de recursos” (*Ressourcenknappheit*) surge, portanto, como um “limite constitucional” (*verfassungsrechtliche Schranke*) ao Estado social.

Importa registrar que a reserva do possível funcionou entre nós, como um instrumento de terrorismo econômico, um freio para a efetivação de direitos sociais, ou ainda, “um mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais” e que colocava o Judiciário no “papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas” (BARCELLOS, 2002, p. 237).

Na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45/DF), o então ministro Celso de Mello afastou a pretensão de o Estado invocar a reserva do possível para se exonerar do cumprimento de obrigações constitucionais. No caso analisado, foi reconhecida a necessidade de preservação da integridade e da intangibilidade do núcleo do *mínimo existencial*. Além disso, nessa decisão registram-se ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos que não apareciam em decisões do STF, anteriores à STA 91 (WANG, 2008, p. 544). Segue abaixo um trecho do excerto:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende,

¹⁸ No essencial, a reserva do possível é dotada de evidente razoabilidade e racionalidade e de três dimensões: sua dimensão fática expressa “uma deferência ao princípio democrático”, sua dimensão jurídica, “uma deferência e respeito às opções legislativas e aos Estado de Direito” e sua dimensão proporcional na exigibilidade da prestação, “além de refletir o próprio princípio da proporcionalidade, parece ser uma decorrência do princípio da subsidiariedade (SCHIER, 2016, p. 115).

¹⁹ Paulo Schier (2016, p. 115) menciona a evolução da tese da reserva do possível pelo Tribunal alemão: “[...] depois da discussão, que houve envolvendo o direito de acesso ao ensino superior, algumas decisões concluíram que, no campo dos direitos sociais, ainda que o Estado disponha de recursos, e ainda que tenha poder de disposição jurídica desses recursos, não se pode falar em obrigação do Estado prestar algo que não seja razoável. Logo, no campo da reserva do possível, passa-se também a falar de “limite da prestação razoável”. Por exemplo, nesta dimensão a reserva do possível impediria que se impusesse ao Estado a prestação de assistência social a quem efetivamente não faça jus ao benefício.”

em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.**

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – **não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais**, notadamente **quando**, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar nulificação ou**, até mesmo, **aniquilação de direitos constitucionais** impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade²⁰ (Grifo nosso).

O excerto chama atenção para o fato de que se fosse acatada a tese da reserva do possível como barreira intransponível à efetivação de direitos, seria criada “uma perigosa espécie de princípio da supremacia da discricionariedade política e supremacia da reserva do possível em face dos direitos sociais” (SCHIER, 2016, p. 115-116).

Como consequência, tais direitos teriam “uma normatividade fraca, uma aplicabilidade *soft*,” pois somente poderiam ser realizados nos casos em que a reserva do possível não fosse invocada como limite e ainda “só poderiam ser exigidos ‘na forma da lei e das políticas públicas” (SCHIER, 2016, p. 115-116).

Para que esse estado de coisas não suceda, é necessário perquirir sobre a escassez²¹ e a exigibilidade do direito que é reclamado perante o órgão judiciário, expõe Ana Paula Olsen (2008, p. 190-192):

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/2004. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça n. 84** de 04/05/2004. Acesso em 09 jun. 2021.

²¹ A efetivação de direitos sociais pelo Judiciário e escassez de recursos remete a duas considerações de Holmes e Sunstein (2019, n. p.): (i) levar os direitos a sério implica levar a escassez a sério; (ii) o Judiciário está familiarizado em “supervisionar o complexo processo de distribuição de recursos levado a cabo de maneira às vezes mais hábil, às vezes menos, pelos órgãos do poder executivo”; (iii) o Judiciário não corrige “erros passados de distribuição”.

As decisões judiciais devem enxergar os limites, as balizas orçamentárias que existem para efetivação de todos os direitos, implementados ou não, por políticas públicas²². Um cenário de ampla judicialização, nesse sentido, impõe preocupações, na medida em que nem sempre o Judiciário se posiciona adequadamente frente à demanda posta.

Clarice Seixas Duarte (2013, p. 35) entende que a repartição de bens coletivos, socialmente produzidos, está no centro do debate jurídico, não devendo ser relegada apenas ao âmbito político. Dessa forma, chegando tais questões ao Judiciário, por meio de ações individuais, deverá ser averiguado:

[...] se existe uma política pública (objeto primário dos direitos sociais) em curso; se ela é adequada e suficiente; em caso negativo, qual é a razão disso; se os recursos previstos são apropriados para a obtenção dos resultados pretendidos e se está havendo uma correta aplicação dos mesmos. Em caso de falhas ou desvios, ainda que o pedido seja individual, não se trata de fazer “realocação irracional e individualista de recursos escassos”, mas de aplicar o Direito em um caso concreto de omissão ou desvio do Poder Público, o que, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, constitui lesão a direito e, como tal, não pode ser excluída da apreciação do Judiciário.

Jorge Novais (2010, p. 279) reconhece que “o poder judicial tem, naturalmente, a possibilidade e a obrigação de decidir os problemas de direitos fundamentais, mesmo quando esses problemas e as decisões judiciais que sobre eles incidem têm implicações financeiras”, contudo, frisa que não se pode “usurpar a competência parlamentar para aprovar o orçamento, para definir politicamente a distribuição e alocação de recursos escassos”.

É necessário pensar nos seguintes trilhos de guia para o Judiciário ativar a reserva²³ do financeiramente possível: (i) verificar se existe fundamento para ativar tal reserva; (ii) se a questão em análise é financeiramente relevante; (iii) se o argumento financeiro encontra justificativa objetiva no caso concreto; (iv) se não existem comandos constitucionais ou decisões legislativas anteriores que inibam a ativação da reserva (NOVAIS, 2010, p. 279-280).

O foco da discussão gravita em torno de escassez de recursos, ativismo judicial e reserva do possível, embora um ponto central devesse integrar o debate: o orçamento. A importância da lei orçamentária está na fixação de prioridades para o emprego de recursos

²² Há quem diferencie entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, de outro, com base nos gastos para realização de cada um. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 593) parte da premissa de que, se a efetivação de todos os direitos custa dinheiro, não se pode negar que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, custe ainda mais. Ousamos discordar dessa conclusão. Uma afirmação dessa natureza deveria partir de um estudo empírico que relacionasse todos os gastos com direitos sociais e com direitos civis e políticos, de todos os entes da federação, por um determinado período de tempo e que estabelecesse uma comparação consistente, cientificamente, entre ambos. Sem evidências a esse respeito, distinguir tais direitos pelo critério dos custos de cada um, torna a argumentação inconsistente.

²³ Considera-se a reserva ativável “sempre que um direito [...] for de realização jurídica dependente de recursos financeiros” (NOVAIS, 2010, p. 280).

públicos, o *quantum* destinado à saúde, educação, previdência e assistência, dentre o extenso catálogo de direitos fundamentais sociais. É por meio do orçamento que são definidas prioridades e concretizadas as opções políticas.

O *deficit* resultante da limitação de recursos se traduz em pedidos de concretização de direitos sociais ao Judiciário, que, ao acolhê-los, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, ignora as escolhas do Legislativo e do Executivo. Flávio Martins (2020, p. 362) critica essa postura de órgão “adjudicador” de direitos sociais:

A atuação do Poder Judiciário não deve se limitar a “adjudicar” direitos sociais aos que tiveram um exercício negado pelo Estado, mas também, e principalmente, analisar a constitucionalidade das escolhas trágicas que ensejaram o *deficit* social apresentado.

E com razão. Ao analisar as escolhas trágicas e decidir no caso concreto, o Judiciário não se presta a cumprir um papel de instância compensadora de *deficits* sociais. A uma, porque aprofunda desigualdades sociais, na medida em que concede a apenas um indivíduo ou a um grupo, uma parcela importante de recursos que atenderia à coletividade em outras demandas igualmente importantes e da mesma natureza. A duas, porque provoca um impacto súbito nas finanças dos entes federados, uma vez que o gasto com tais decisões não foi previsto no orçamento, embora já exista rubrica própria nas contas públicas para “gastos com decisões judiciais”.

Uma estratégia útil não só para debelar questões dessa natureza, seria maior transparência na elaboração e apresentação do orçamento à sociedade, com o debate sobre as escolhas feitas pelo Executivo e Legislativo, incluindo decisões que importem renúncia fiscal e que tenham impacto na efetivação de direitos sociais, assim como a efetivação de medidas de controle interno e externo na execução do orçamento.

No Estado de Direito, não cabe ao Judiciário, mas ao Legislativo, a competência para decidir sobre alocação de recursos financeiros escassos, pois “se há um montante limitado para prosseguir todos os direitos e fins do Estado que têm um custo, cabe ao órgão com competência orçamental decidir politicamente a distribuição e afectação dos recursos disponíveis” (NOVAIS, 2010, p. 279).

Não havendo como eliminar o ativismo judicial do campo da efetivação de direitos sociais, pode-se pensar em reduzir o impacto de seu alcance, a partir do aprimoramento das políticas públicas existentes, da racionalização de gastos, do adequado planejamento e aporte de investimentos na área social – estratégias ao alcance dos órgãos Executivo e Legislativo, posto que o Judiciário não dispõe de *know how* nem de legitimidade democrática para isso.

No essencial, medidas que equacionem a universalidade dos cidadãos ao maior número de produtos sociais oferecidos pelo Estado, contribuem para inibir a judicialização e conter o ativismo judicial, na medida em que as demandas sociais serão satisfeitas (ainda que em patamar mínimo) sem a necessidade de o cidadão bater à porta do Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar na efetivação de direitos sociais implica pensar no poder de quem controla a parte orgânica da Constituição, denominada “sala de máquinas”, considerando que a velha organização política que concentra poderes no Executivo tende a bloquear todas as iniciativas direcionadas a colocar tais direitos em marcha, mas não só. Satisfazer direitos é uma tarefa que desafia os limites orçamentários do Estado, sobretudo porque todos os direitos são custosos, os recursos são finitos e as demandas infinitas.

Um extenso catálogo de direitos fundamentais alçados ao patamar constitucional não implica efetivação imediata ou precedência na alocação de recursos. Ao contrário, importa maior dificuldade em definir quanto disponibilizar e a quem atender. São as escolhas sociais que os poderes Executivo, Legislativo e, com frequência, o Judiciário tem feito e que podem se transformar em escolhas trágicas.

O protagonismo do Judiciário no século XXI se materializa em dois fenômenos distintos: a judicialização e o ativismo. O primeiro diz sobre o aumento de demandas submetidas ao órgão judicial e o segundo designa a atividade expansiva do Poder Judiciário que adentra na esfera de atuação de outros poderes.

Um agravante para a atuação do Judiciário está em que esse poder atua na efetivação de direitos sociais em meio a cenários econômicos e de gestão pública desfavoráveis: subfinanciamento da saúde, má alocação de recursos da educação, aumento de custos com benefícios previdenciários e assistenciais, ausência de políticas públicas e malversação de recursos públicos, por exemplo.

O *deficit* social entre direitos e recursos para concretizá-los, não encontra solução pela via judicial, por mais nobre que seja a intencionalidade por trás das decisões. A pretexto de satisfazer direitos, de forma pontual, a atuação do Judiciário não compensa o desequilíbrio entre o que há para ser realizado e o recurso disponível para fazê-lo. Ao contrário, pavimenta a tomada de decisões que importam escolhas trágicas sobre quem deva ter o direito satisfeito. Nesse cenário, o desafio posto ao gestor público está em promover a eficiência alocativa de

recursos, de modo a não frustrar as expectativas mínimas de concretização de direitos sociais, e a refrear a postura ativista do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos sociais: conceito e aplicabilidade**. São Paulo: Almedina, 2019.

ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo democrático: a ideologia vitoriosa do século XX**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça n. 84** de 04/05/2004. Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. Requerente: Estado de Alagoas. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. **Diário de Justiça n. 43** de 05/03/2007. Acesso em 09 jun. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & Política: Poder constituinte, Constituição material e cultura constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma (Orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. Santo André: Dia A Dia Forense, 2020.

FRANCISCO, José Carlos. **Função Regulamentar e Regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. **Universitas JUS**, v. 27, n.2, p. 33-41, 2016. DOI: 10.5102/unijus.v27i2.4308.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O Direito à saúde a a problemática do fornecimento de medicamentos. In: GARCIA, Maria; CAVALCA, Renata Falson; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: questões fundamentais da teoria da constituição**. Curitiba: Juruá, 2014.

LOUREIRO, Maria Rita. As origens e consequências da judicialização da política. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 189-199, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092014000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2021.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Discurso do ministro Gilmar Mendes sobre os 60 anos da Lei Fundamental de Bonn proferido em 25.05. 2009.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2018.

PIERDONÁ, Zélia Luíza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. **Católica Law Review**, v. 3, n. 1, p. 159-182, 1 jan. 2019.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra. Editora Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos e garantias fundamentais. Direitos fundamentais e reserva do possível: dilemas no contexto constitucional brasileiro. Cap. IV, p. 13-120. In: GARCIA, Maria; CAVALCA, Renata Falson; COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marco Augusto (Orgs.). **Polska I Brazylia: democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente.** Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOMELIN, Georghio. **O Estado Jurislador.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v.4, n. 2, 2008, p. 539-568. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5ScHqNs657gS9gsNhYcmFbg/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 11 jun. 2021.